مصباح الفقاهة

في المعاملات

تقرير بحث آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

تأليف

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي


٢

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المكاسب المحرمه

كاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعۂ:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیۂ باصفهان للتحریات الکمبیوتریۂ

الفهرس

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۲

اشاره

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[کتاب البیع]

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها

لا شبهه فى ان الإنسان مدنى بالطبع لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلها.

و إذن فيتوقف حفظ نظام النوع، و صيانه كيانه على الاجتماع و تشريع المبادله بين الأموال، بداهه أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد فى حاجاته إلى التغالب، و التكالب، و المقاهره، كما هو الحال فى سائر الحيوانات، و عليه فلا بد فى حفظ النظام من تشريع المعاملات. و على هذا الضوء فلا مناص من معرفه أحكام المعاملات و تنقيح قواعدها و تبويب أبوابها. و بما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك يوجب اختلال النظام. وجب التصدى لها عليهم كفايه.

المال و حقيقته

ما هو حقيقه المال؟ و ما هو الفارق بينه و بين الملك؟ المال فى اللغه [۱] ما ملكه الإنسان من الأشياء، و فى العرف أن الماليه إنما تنتزع من الشى ء بملاحظه كونه فى حد ذاته مما يميل إليه النوع، و يدخرونه للانتفاع به وقت الحاجه،

---

[۱] فى أقرب الموارد: المال ما ملكته من جميع الأشياء، و عند أهل الباديه: النعم، يذكر و يؤنث، يقال: هو المال، و هى المال. ج أموال. و المال عند الفقهاء ما يجرى فيه البذل و المنع، فيخرج الرماد، و التراب، و الميته التى ماتت حتف أنفها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴

و يتنافسون فيه، و يبذلون بإزائه شيئا مما يرغب فيه من النقود و غيرها، ضروره أن منا من الحنطه ليس كالمن من التراب، فإن الأول ينتزع منه عنوان الماليه دون الثانى.

و أما عند الشرع فماليه كل شى ء باعتبار وجود المنافع المحلله فيه، فعدم المنفعه المحلّله (كالخمر و الخنزير) ليس بمال.

ثم إن النسبه بين المال و الملك هى العموم من وجه، بديهه أنه قد يوجد الملك و لا يوجد

المـال، كالحبه من الحنطه المملوكه، فإنها ملك و ليست بمال، و قـد يتحقق المال، و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصـليه قبل حيازتها، فإنها أموال، و ليست بمملوكه لأحد، و قد يجتمعان، و هو كثير.

ثم إنه لا ـ وجه لتخصـيص المال بالأعيان، كما يظهر من الطريحى فى مجمع البحرين [۱] بـل المال فى اللغه و العرف يعم المنافع أيضا، و لعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب.

الإضافه الحاصله بين المال و مالكه و حقيقه هذه الإضافه و أقسامها

مـا هو حقيقه الإضـافه بين المـال و مـالكه؟ لا ـ ريب فى أن الإضافه الموجوده بين المال و مالكه المسـماه بالإضافه المالكيه على أقسام، لأنها فى الواقع و نفس الأمر إما إضافه ذاتيه تكوينيه، أو إضافه عرضيه حاصله بالأمور الخارجيه.

أما الأولى فكالاضافات الكائنه بين الأشخاص، و أعمالهم، و أنفسهم، و ذممهم، فإن إعمال كل شخص، و نفسه، و ذمته مملوكه له ملكيه ذاتيه،

---

[۱] قـال: المـال فى الأصـل: الملـك من الـذهب و الفضه. ثم أطلق على كل ما يقتنى و يتملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵

و هو واجد لها فوق مرتبه الواجديه الاعتباريه، و دون مرتبه الواجديه الحقيقه التى هى للّه جل و علا.

و المراد من الـذاتى هنا ما لا يحتاج تحققه إلى أمر خارجى تكوينى، أو اعتبارى، و ليس المراد به الذاتى فى باب البرهان: أى ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس: أعنى به الجنس، و الفصل. و هذا واضح لا ريب فيه.

و المراد من الملكيه الذاتيه ليس إلا سـلطنه الشـخص على التصرف فى نفسه، و شؤونها، بداهه أن الوجدان، و الضروره، و السيره العقلائيه كلها حاكمه بأن كل

أحد مسلط على عمله، و نفسه، و ما فى ذمته: بأن يؤجر نفسه لغيره، أو يبيع ما فى ذمته، و من البين الذى لا ستار عليه: أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنه، و لم يمنع الناس عن التصرفات الراجعه إلى أنفسهم.

و ليس المراد من الملكيه هنا: الملكيه الاعتباريه، لكى يتوهم أن عمل الإنسان، أو نفسه ليس مملوكا له بالملكيه الاعتباريه.

و من هنا يتجلى لك: أنه لا شبهه فى صدق المال على عمل الحر. و عليه فاستيفاؤه قهرا عليه موجب للضمان جزما. و كذلك الحال فى ضمان نفسه. غايه الأمر أن الشارع المقدس قد سلك فى ضمان النفس المحترمه، و ما يرجع إليها من الأعضاء و الأطراف غير ما سلكه فى ضمان الأموال، و جعل فى ذلك حدا خاصا و ديه مخصوصه.

و أما الثانيه (أعنى بها الإضافه العرضيه) فهى إما أن تكون إضافه أوليه و إما أن تكون إضافه ثانويه و الأولويه إما أصليه استقلاليه، أو تبعيه غيريه.

فالأوليه الأصليه، كالإضافه الماليه الحاصله بالعمل، أو بالحيازه، أو بهما معا، فالأول كالأعمال التى يعملها الإنسان فيحصّل منها المال، كحيازه المباحات، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها، كما هو الحق، و أما بناء على اعتبار القصد فى ذلك فحصول الملكيه فيها يحتاج إلى العمل القلبى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶

و قد حكم العقلاء بحصول الماليه بمجرد الحيازه. بل اشتهر بين الفقهاء مرسلا أن (من حاز ملك [۱].

و قد روى عن النبى ص من طرق العامه [۲] و من طرق الخاصه [۳] أن (من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) و لكنه ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء.

و المهم فى المقام هو بناء

العقلاء، فإنه قائم على حصول الإضافه المالكيه بين المحيز، و المحاز.

و الثالث: كمن يحوز أشجارا، فيجعلها سريرا، أو يجوز ترابا، فيجعله كوزا، أو يجوز نباتا، فيجعله ثوبا أو حصيرا، أو غيرهما، فإن الصوره السريريه، و الكوزيه، و الثوبيه و الحصيريه توجب تحقق إضافه ماليه أخرى فى تلك الموارد وراء الماليه المتقومه بها، فتلك الماليه القائمه بها إنما حصلت من العمل و الحيازه معا.

ثم إن الوجه فى إطلاق الأول على هذه الإضافه هو أنه لم تسبق إضافه ذلك المال الى غيره. و الوجه فى إطلاق الأصليه عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها.

و أما الإضافه الأولويه التبعيه فهى ما تكون بين المالك، و بين نتاج أمواله،

---

[۱] لم نجده فى أصول الحديث من كتب الخاصه و العامه، و نحتمل قريبا أنه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه، و الفصول المتفرقه، كإحياء الموات، و التحجير و غيرهما، كبقيه القواعد الفقهيه المضروبه لبيان الأحكام الجزئيه.

[۲] عن ابن مضرس قال: أتيت النبى ص فبايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له قال: فخرج الناس يتعادون، يتخاطون. سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۴۲.

[۳] قال النبى ص: من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به. راجع مبسوط الشيخ الطوسى أول كتاب إحياء الموات. و مستدرك الوسائل ج ۳ باب ۱ من أبواب إحياء الموات ص ۱۴۹.

فان هذا النتاج يضاف الى مالك الأصول إضافه أوليه تبعيه. أما إطلاق التبعيه فلكونها ثابته لما تحصل منه. و أما إطلاق الأوليه فلعدم سبق إضافه أخرى إليها.

و أما الإضافه الثانويه فالمراد بها ما قابل الإضافه الأوليه و إن طرأت على الأموال

مرارا عديده، نظير المعقولات الثانويه من جهه مقابلتها للمعقولات الأوليه.

و هى على قسمين: لأنها تاره تكون قهريه، و اخرى اختياريه.

أما الأولى فكالاضافه التى تحصل بسبب الإرث، أو الوقف، أو الوصيه بناء على كونها: (أى الوصيه) من الإيقاعات، و قد اخترناه فى محله. و وجه كونها قهريه هو حصول الملكيه للوارث، و الموقوف عليه. و الموصى له بالقهر، لا بالفعل الاختيارى.

و أما الثانيه فكالاضافه الحاصله من المعاملات. و من ذلك ما يحصل بالبيوع التى نحن فى صدد بحثها.

و لا يخفى على الفطن العارف أن ما ذكرناه من أقسام الإضافات المالكيه من الأمور البديهيه التى قياساتها معها.

الثمن و وجه اختصاصه بالنقود

قوله: (البيع و هو فى الأصل كما فى المصباح [١] مبادله مال بمال).

أقول قد كان ديدن الناس من لدن آدم ع أبى البشر الى زمان خاص، بل الى زماننا هذا فى بعض النقاط و الأصقاع (كالقرى و أشباهها) قد كان ديدنهم على تبديل المتاع

---

[١] البيع من الأضداد، مثل الشراء، و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعه و يطلق البيع على المبيع، فيقال: بيع جيد- الى أن قال-: و الأصل فى البيع مبادله مال بمال، لقولهم: بيع رابح، و بيع خاسر. و ذلك حقيقه فى وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازا، لأنه سبب التمليك و التملك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨

بالمتاع عند المعامله و المعاوضه، و كان ذلك من الأمور الصعبه جدا، خصوصا فى تعيين الأروش و قيم المتلفات. و لهذا بنى العقلاء على تخصيص الثمن بالنقود، و تخصيص المثمن بالامتعه. و إلا فإنه لا محذور قطعا فى صحه تحقق المبادله بين المتاعين عند المعامله و المعاوضه.

و عليه فقد تقع المبادله بين المتاعين و قد تقع بين النقدين، و قد تقع بين عرض و نقد.

ثم إنه هـل يشـمل مفهوم البيع لجميع هـذه الأقسام المـذكوره، أم هو مختص ببعض دون بعض؟ لا شـبهه فى أن مفهوم البيع فى الجمله من المفـاهيم الواضـحه البـديهيه الارتكـازيه- التى يعرفهـا كل احـد- كمفاهيم سائر العقود و الإيقاعات، إلا أنه لا يوجد مفهوم فى العـالم إلا و يعرضه الاشـتباه فى بعض مصاديقه. و من هنا ذكر المصـنف (ره) فى أول كتاب الطهاره: أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفيه. و مع ذلك ذكر: أنه قد يقع الشك فى صدقه على بعض الموارد، لعدم ضبط المفهوم تحقيقا فيرجع الى الأـصول العمليه. و على هـذا الضوء فلاـ بـد من بيـان حقيقه البيع على وجه يمتاز عن جميع ما عـداه لكى تترتب عليه أحكامه الخاصه من شرائط المتعاقدين، و شرائط العوضين و الخيارات و غيرها.

و تحقيق ذلـك: ان مفهوم البيع لاـ يسـاوق مفهوم المبـادله بين شـيئين، بـل يطلق البيع على قسم خاص من المبادله. و ضابطه: ان امتياز البيع عن بقيه أقسام المبادله بأحد وجهين:

الوجه الأول: أن يكون أحد العوضين متاعا، و العوض الآخر نقدا.

فالـذى يعطى المتـاع يسـمى بائعا، و الـذى يعطى النقـد يسـمى مشتريا. سواء أ كان نظر كل من المتعاملين فى مبادلتهم هـذه الى تحصـيل الربـح، و حفـظ مـاليه مـاله معـا، أم كـان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط، كأن يشترى المأكولات للأكل، و يشترى المشـروبات للشـرب، و يشترى الملبوسات للبس، و هكـذا. أم كان نظر أحدهما إلى حفظ ماليه ماله و تحصـيل الربح معا، و نظر الآخر الى دفع الضروره و الاحتياج فقط.

الوجه الثانى: أن

يكون كلا العوضين نقدا أو من العرض، و لكن كان نظر

أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، مع تحصيل الربح- كأهل التجاره- و نظر الآخر الى رفع حاجته فقط، فالأول يسمى بائعا. و الثانى يسمى مشتريا. و على هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشترى هو الماليه الخالصه، لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه.

و لا ريب فى أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف. بل هو أمر ارتكازى فى ذهن كل بشر من أهل أيه لغه كان. و يعرف ذلك كل منهم و لو من غير العارف باللغه العربيه، بديهه أن الغرض الأقصى و الغايه القصوى إنما هو معرفه مفهوم البيع، لا لفظه، و مادته. لكى يختص البحث بلفظ دون لفظ.

و إذا كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا، و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح، و المنافع، مع حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج، و دفع الضروره فقط. و إذا كان كذلك فان ذلك لا يسمى بيعا جزما. بل هو معامله خاصه و يدل على صحه ذلك عموم آيه التجاره عن تراض [۱].

نعم يظهر من بعض كتب العامه [۲] جواز إطلاق البيع على مطلق المبادله، و المعاوضه، و لكن قد عرفت قريبا أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفيه.

---

[۱] يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ. النساء ۴: ۳۳.

[۲] فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۱۴۸ عن الحنفيه: أن من أقسام البيع

مبادله سلعه بسلعه. و يسمونها مقايضه.

و فى ص ۱۵۲ عن المالكيه: أن من أقسام البيع بيع العرض بالعرض. و عن الحنابله: أن مفهوم البيع يشمل المقايضه، و هى مبادله سلعه بسلعه.

و فى ص ۱۵۴ عن الشافعيه: الثامن من أقسام البيع: بيع الحيوان بالحيوان و يسميه غيرهم مقايضه، و هو صحيح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰

و على هذا الضوء فإذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فإنه لا يتوهم أحد أن أيا منهما باع كتابه بكتاب غيره، أو باع ثوبه بثوب غيره. كما أنه لا يتوهم أحد أيضا أن باذل النقد هو البائع، و باذل العرض هو المشترى. و من هنا ذكر الفيومى فى المصباح: أنه (إذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعه).

و أما ما ذكره فى المصباح من أن (الأصل فى البيع مبادله مال بمال) فهو و إن كان شاملا لجميع أقسام المبادله، و لكنه ليس تعريفا حقيقيا، لقضاء الضروره بأن البيع ليس هو مطلق المبادله بين شيئين، بل هو تعريف لفظى، و تبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه، كقول أهل اللغه: السعدان نبت. و كذلك الحال فيما ذكره بعض العامه من أن البيع فى اللغه مقابله شى ء بشى ء.

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظه الأصل فى تعريف المصباح ما كان هو المتعارف فى الأيام السالفه من كون البيع عباره عن مطلق المبادله بين الأموال، بديهه أنه لو كان غرض الفيومى من هذه الكلمه هو اللغه لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظه الأصل عند شرح كل ماده ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه فى لسان العرب. و مجمع البحرين: فى ماده المال

و ذکرا أن المال فی الأصل الملک من الذهب، و الفضه، ثم أطلق علی کل ما یقتنی و یتملک من الأعیان.

المبیع و اختصاصه بالأعیان

هل یجوز أن یکون المبیع من المنافع أم لا بدّ و أن یکون من الأعیان؟

الظاهر أنه لا ریب فی اشتراط کونه من الأعیان، بداهه اختصاص مفهوم البیع عند أهل العرف بتملیک الأعیان، فلا یعم تملیک المنافع و إذن فتختص الأدله الوارده فی إمضاء البیع بنقل الأعیان. و تبعد عن تملیک المنافع رأسا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۱

نعم یظهر من المحکی عن المالکیه و الحنابله [۱] جواز إطلاق البیع علی تملیک المنافع و لکنه علی خلاف المرتکزات العرفیه.

و مع الإغضاء عما ذکرناه ان مجرد الشک فی صدق مفهوم البیع علی تملیک المنافع یکفینا فی المنع عن شمول أدله إمضاء البیع له.

و حینئذ فدعوی أن المتبادر من مفهوم البیع تملیک العین فقط، و أن هذا المفهوم یصح سلبه عن تملیک المنفعه دعوی صحیحه. و لا ریب فی أن التبادر و صحه السلب من علائم الحقیقه. و علیه فیکون البیع حقیقه فی تملیک العین و مجازا فی غیره.

و إذا ثبتت هذه الدعوی فی العصر الحاضر ثبتت فی محاورات أبناء الأزمنه السالفه أیضا بأصاله عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقری و قد ذکرنا فی مبحث الاستصحاب من علم الأصول، أنه لا دلیل علی حجیه هذا الاستصحاب إلا فی مورد واحد، و هو أن یکون المتبادر الفعلی من اللفظ معنی خاصا، و شک فی کونه کذلک فی العهود البائده، و الأیام السالفه، فإن الاستصحاب القهقری یقتضی بقاء اللفظ علی معناه الأولی، و عدم انتقاله منه إلی معنی آخر یغایره.

و الدلیل علی حجیه الاستصحاب المزبور فی هذا المورد إنما

هو بناء العقلاء، و سيره العلماء، و ديدن الفقهاء، لأنه لو لا ذلك لا نسد عليهم باب الاجتهاد، و طريق الاستنباط، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات فى عرف الأئمه عليهم السلام ظاهره فى معانى مغايره لما هى ظاهره فيه فعلا. و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور.

---

[١] فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ٢ ص ١١١ عن المالكيه: أنه يصح إطلاق البيع على نقل المنافع.

و فى ص ١٥٢ عن الحنابله أن معنى البيع فى الشرع مبادله مال بمال، أو مبادله منفعه مباحه بمنفعه مباحه على التأبيد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢

و يؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران:

الأول: ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض- فى البيع- بالأعيان، الثانى: ما ذكره بعض العامه «١» من أن البيع فى اللغه إخراج ذات عن الملك بعوض. فتمليك المنفعه بالإجاره لا يسمى بيعا. قيل:

إن ما ذكره الفيومى فى المصباح من أن البيع فى الأصل مبادله مال بمال يشمل نقل المنافع، كشموله لنقل الأعيان، و عليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك الأعيان. و الجواب عن ذلك:

أنك قد عرفت قريبا أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقى لكى يلزم الأخذ بإطلاقه، و الحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين و المنفعه. بل هو تعريف لفظى مبنى على المسامحه و المساهله.

و بما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع و الإجاره: و هو أن صيغه الإجاره و إن كانت تتعلق بالعين المستأجره. كقولك: آجرتك المتاع الفلانى إلخ إلا أن أثرها تمليك المنفعه. و هذا بخلاف البيع، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين كما أن صيغته أيضا

تتعلق بالعين. و هذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض- فى البيع- بالأعيان و قال:

(و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع)

. و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على تمليك المنافع مبنى على العنايه، و المجاز و قد ورد هذا الإطلاق فى كلمات الفقهاء. و فى الروايات العديده

---

(۱) راجع الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۱۴۷.

الوارده فى مواضيع شتى: منها الأخبار [۱] الداله على بيع خدمه المدبر. و منها الروايه الوارده فى بيع سكنى الدار [۲] و منها الأخبار الوارده فى بيع الأراضى الخراجيه

---

[۱] المرويه عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على ع قال: باع رسول اللّه ص خدمه المدبر، و لم يبع رقبته. ضعيفه بالنوفلى و عن أبى مريم عن أبى عبد اللّه ع قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها ان شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها فى حياته فقال: نعم أى ذلك شاء فعل. مجهوله بأبى مريم.

و عن على بن أبى حمزه سالم البطائنى قال: سألت أبا عبد اللّه ع عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حياته؟ قال: ان أراد بيعها باع خدمتها فى حياته، فإذا مات أعتقت الجاريه، و ان ولدت أولادا فهم بمنزلتها. ضعيفه بابن أبى حمزه. و مجهوله بقاسم بن محمد الجوهرى. التهذيب ج ۲ ص ۳۲۱، ۳۲۲. و الوافى ج ۶ ص ۸۹.

و الوسائل ج ۳ باب ۳ من أبواب التدبير.

[۲] المرويه عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح قال: سألته عن رجل فى يده دار ليست له، و لم تزل فى

یـده، و ید آبائه من قبله، قد أعلمه من مضـی من آبائه أنها لیست لهم، و لا یدرون لمن هی، فیبیعها، و یأخذ ثمنها؟ قال ما أحب أن یبیع ما لیس له. قلت: فإنه لیس یعرف صاحبها، و لا یـدری لمن هی، و لا أظنه یجی ء لها رب أبـدا؟ قال: ما أحب أن یبیع ما لیس له. قلت: فیبیع سکناها، أو مکانها فی یـده فیقول لصاحبه: أبیعک سـکنای، و تکون فی یـدک کما هی فی یدی؟ قال: نعم یبیعها علی هـذا. موثقه بابن عمار و غیره. التهذیب ج ۲، باب الغرر و المجازفه ص ۱۵۳، و الوافی ج ۱۰ ص ۱۳. و الوسائل ج ۲ باب ۱ من أبواب عقد البیع.

و شرائها [۱] و قد ورد فی جمله من الأحادیث [۲] إطلاق لفظ الشراء علی غیر نقل الأعیان.

و قـد ظهر لک مما أسـلفناه الفارق بین البیع، و الهبه المعوضه، بداهه أن البیع- علی ما عرفته آنفا- عباره عن تبدیل عین بشـی ء آخر، بخلاف الهبه المعوضه، فإن حقیقتها، و قوامها بالمجانیه المحضه، و إنما اعتبر فیها العوض بالاشتراط. و الشاهـد علی ذلک أنهـا لاـ تبطـل بامتناع الموهوب له عن العوض، بل إنما یثبت له خیار تخلف الشـرط، و سـیأتی لک توضـیح ذلک عنـد التعرض لتعریف البیع، و دفع النقوض عنه.

---

[۱] المرویه فی الکـافی ج ۱ باب ۱۴۰ اشـتراء أرض الخراج من السـلطان ص ۴۱۰. و باب ۱۳۱ قباله أرض أهل الـذمه، و جزیه رؤوسـهم، و من یتقبل الأرض من السلطان ص ۴۰۶. و باب ۱۳۳ الرجل یسـتأجر الأرض ص ۴۰۷. و التهذیب ج ۲ باب أحکام الأرضین ص ۱۵۸ و

الوسائل ج ۲، باب ۷۱ و باب ۷۲ من أبواب الجهاد، و باب ۱۳۳ ص ۴۷.

[۲] المرويه عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر ع عن رجل يريد أن يتزوج المرأه ينظر إليها؟ قال: نعم إنما يشتريها بأغلى الثمن. حسنه بإبراهيم بن هاشم الكافى ج ۲ ص ۱۶. و الوافى ج ۱۲ ص ۵۸. و الوسائل ج ۳ باب ۳۹ ص ۱۱.

و عن عبد اللّه بن سنان قال: قلت لأبى عبد اللّه ع: الرجل يريد أن يتزوج المرأه فينظر الى شعرها؟ فقال: نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن. مجهوله بهيثم بن أبى مسروق النهدى و الحكم بن مسكين التهذيب ج ۲ ص ۲۳۵ و الوافى ج ۱۲ ص ۵۸. و الوسائل ج ۳ باب ۳۶ من أبواب مقدمات النكاح ص ۱۱.

و عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ع قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما ليلتى و يومى لك يوما، أو شهرا، أو ما كان، أ يجوز ذلك؟

قال: إذا طابت نفسها، و اشترى ذلك منها لا بأس. صحيحه. الوافى ج ۱۲ ص ۱۱۸، و الوسائل ج ۳ باب ۶ من أبواب.

بحث استطرادى فى تعريف الإجاره و مناقشته و جوابها

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الإجاره بأنها تمليك المنفعه بعوض. و نوقش فيه بوجهين:

۱ أن المنفعه معدومه حال الإجاره، و من البين الذى لا ريب فيه أن المعدوم غير قابل للتمليك. و الجواب عن ذلك:

أن الملكيه الشرعيه ليست من المقولات الحقيقه التكوينيه، لكى يستحيل تعلقها بالأمور المعدومه، بل قوامها بالاعتبار الساذج. و من المعلوم أن الأمور الاعتباريه بما أنها خفيفه المؤنه جاز تعلقها بالأمور المعدومه إذا كانت مقدوره التسليم. و بديهى أن

المنفعه و إن كـانت معـدومه، و لكنهـا مقـدوره بتبع العين الخـارجيه. و إذن فلاـ محـذور فى تعلق الملكيه الاعتبـاريه فى الإجاره بالمنفعه المعـدومه الملحوظه مع العين المسـتأجره. كما يصح تعلقها بالذمه. و من هنا حكم الفقهاء رضوان اللّه عليهم بصـحه بيع الكلى فى الذمه.

۲ أن منفعه الـدار مثلا إنما هى سـكناها، و لا ريب أن السـكنى من اعراض الساكن دون الـدار. و عليه فإذا صح تملك السـكنى كـان مالكهـا هو السـاكن، لأـنه موضوعهـا، لاـ صـاحب الـدار. و من البين أن مـا لم يملكه المؤجر- و هو المالك- كيف يملكه للمسـتأجر. و قـد ثبت فى محله أنّ فاقـد الشـى ء لا يكون معطيا له هـذا ملخص ما أفاده بعض المـدققين و لـذا التجأ إلى تعريف الإجاره بأنها تمليك العين المستأجره فى جهه خاصه.

و يقابلها البيع، فإنه تمليك العين من جميع الجهات. و الجواب عن ذلك بوجهين:

۱ أن لسـكنى الـدار إضافتين: و هما إضافتها إلى نفس الـدار، و إضافتها إلى ساكنها، و من البين أن تلك الـدار مملوكه لمالكها بجميع شؤونهـا، و جهاتهـا، و ما يضاف إليها، و إذن فمالك الـدار مسـلط على تمليك الـدار نفسـها، و تمليك جهاتها التى منها سكناها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶

و على الجمله إن المستأجر إنما يتملك من المؤجر الجهه المتعلقه بالعين المستأجره.

و تلك الجهه تختلف حسب اختلاف الأعيان، و الأغراض. و عليه فلا محذور فى تعريف الإجاره بأنها تمليك المنفعه بعوض.

۲ مـا ذكره بعض مشايخنـا المحققين فى كتـاب الإجـاره من أنه لا يمكن جعل الإجاره تمليكا للعين فى جهه خاصه. و الوجه فى ذلك: (أن معروض الملكيه إن كان نفس تلك الجهه عاد محذور تعلق الملكيه بالمنفعه. و إن

كـان هى العين المخصـصه بجهه، و العين المتحيثه بحيثيه مخصوصه بمـا هى مقيـده بهـا لزم اجتماع ملكين اسـتقلاليين على عين واحده.

و تقييدها بالجهه تاره، و إطلاقها أخرى لا يوجب تعدد الموضوع).

نظره فى بيع الكلى فى الذمه

ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثمن؟

المراد من العين ما إذا وجد فى الخارج كان جسما مشتملا على الأبعاد الثلاثه:

العرض، و الطـول، و العمـق. و لاـ شـک فى أن هـذا المعنى للعين يقابـل المنفعه، و الحق، و جميع الاـعراض المقوليه. و إذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل منفعه بمنفعه، و لا على تبديل حق بحق. و قد عرفت ذلک آنفا.

و ليس المراد من العين مـا يتعلق البيع بشـخصه، بـداهه شـمولها للأعيـان الشخصـيه، و للكلى المشاع- كثلث الـدار- و للكلى فى المعين- كصـاع من الصبره المعينه- و للكلى فى الـذمه- كبيع منّ من الحنطه سـلما، أو حالّـا- و للكلى الثـابت فى ذمه غيره، فان هـذه الأـمور يصـدق عليهـا عنوان العين، و يتعلق بهـا البيع مع أنها أمور قابله للانطباق على أفراد كثيره بل على أفراد غير متناهيه، فالصاع من الصبره يمكن انطباقه على يمين الصبره و يسارها و وسطها، و ناحيه أخرى غير تلک النواحى.

و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷

و على هـذا فشأن الملكيـه شـأن الوجـوب و الحرمـه. فكمـا انهمـا يتعلقـان بكلى الصـلاه و الزنـاء مـن غير لحـاظ خصوصـيه فى متعلقهما- بحيث يكون متعلق الأمر و النهى هو الكلى، و يكون الموجود الخارجى مصـداقا له- كـذلک الملكيه، فإنها قـد تتعلق بالكلى و إن كانت قد تتعلق بالجزئى الحقيقى أيضا. كما عرفته قريبا.

ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:

لأـنه قـد يتعلق بـالكلى الثـابت فى الـذمه قبل البيع- كبيع الـدين ممن هو عليه، أو من غيره- و قـد يتعلق بالكلى الثابت فى الـذمه بنفس البيع، من غير أن يكون فيها شى ء قبله. كما هو المتعارف فى بيع السلم و غيره من البيوع الكليه.

و قد نوقش فيه بوجهين:

۱ أن البيع مبادله مال بمال،

و لا تتحقق هذه المبادله إلا بعد تحقق العوض و المعوض فى الوعاء المناسب لهما من الخارج، أو الذمه، و بما أنه لا وجود للكلى فى أى وعاء من الأوعيه قبل البيع، فلا يصح بيعه بوجه و قد يتوهم:

أن الكلى و إن لم يكن موجودا فى الذمه قبل البيع، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع، و لكن هذا التوهم فاسد.

بداهه أن نسبه البيع إلى متعلقه كنسبه الحكم إلى موضوعه، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه، و كذلك يستحيل تكفل البيع بإيجاد متعلقه. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس إلا مبادله فى التمليك. و قد عرفت قريبا و ستعرف أيضا: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج، أو فى الذمه. نعم لا بد و أن يكون متعلق الملكيه قابلا لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء.

و عليه فالكلى قبل إضافته إلى الذمه و إن كان من المفاهيم الخياليه، و غير قابل لتعلق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨

البيع به رأسا. إلا أنه بعد إضافته إلى الذمه بعد من الأموال و يصير موردا لرغبات العقلاء، و محطا لتنافسهم.

و إذن فلا فرق فى صحه بيع ما فى الذمه بين أن يكون الكلى مملوكا قبل البيع- كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره- و بين أن يكون مملوكا بالملكيه الاعتباريه بنفس البيع.

و فى الحقيقه أنه يحصل بالبيع هنا أمران:

١- اتصاف الكلى بالملكيه.

٢- صيرورته ملكا للمشترى. و قد يجاب عن المناقشه المذكوره:

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلى فى ذمه نفسه، ثم يبيعه من المشترى، و حينئذ فلا يكون الكلى غير قابل لتعلق البيع به. و الجواب عن ذلك:

أن الاعتبار المزبور لا يغير

الکلی عن واقعه، و لا یزید فیه علی حقیقته. بل هو بعد باق علی حالته الأولیه، من دون أن یتصف بصفه الملکیه، و من هنا لا یطلق ذو أملاک علی من اعتبر أمتعه کلیه فی ذمه نفسه، نعم یتصف ذلک بصفه الملکیه بعد البیع، و قد عرفته قریبا. و هذا واضح لا خفاء فیه.

۲ أن الملکیه من مقوله الأعراض، و من البدیهی أن مقوله الأعراض لا توجد إلا فی المحل الموجود، و الکلی الذمی لا وجود له قبل البیع لکی یکون محلا للملکیه، و معروضا لها. و الجواب عن هذه المناقشه بوجوه شتی:

۱ ما ذکره العلامه الطباطبائی فی حاشیته، و حاصل کلامه: أن الملکیه و إن کانت من قبیل الأعراض الخارجیه، إلا أن حقیقتها متقومه باعتبار الشارع، أو العقلاء، و علیه فیمکن أن یکون موضوع هذه الملکیه موجودا أیضا باعتبار الشارع، أو العقلاء. کما أن الوجوب و الحرمه عرضان خارجیان، مع أنهما لا یتعلقان إلا بالأمور الکلیه الاعتباریه. کالصلاه و الزناء قبل أن یوجدا فی الخارج، و علی هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۹

النهج فللشارع، أو للعقلاء أن یعتبروا الکلی الذمی شیئا موجودا فی الذمه لکی یکون موضوعا للملکیه و معروضا لها. و الجواب عنه:

أنه قد یراد من العرض المذکور فی کلامه العرض المقولی. و علیه فلا یسوغ له أن یجمع بین کون الملکیه من الأعراض، و بین کونها من الأمور الاعتباریه المتقومه بالاعتبار الساذج، ضروره أن الأعراض المقولیه من الأمور الواقعیه المتأصله، و هذا بخلاف الأمور الاعتباریه، إذ لا واقع لها سوی الاعتبار المحض. و سیتضح لک أن الأمور الاعتباریه لا تدخل تحت أیه مقوله من المقولات المتأصله.

و قد یراد من العرض

المزبور فى كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضيه، و على الأمور الاعتباريه الخالصه، بداهه أن لفظ العرض من العروض، و هو بمعنى اللحوق. و عليه فلا تكون الملكيه عنده من المقولات المتأصله بل تكون زائده على الماهيه. كما أن الوجود زائد عليها. و إذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ما سيأتى من كون الملكيه أمرا اعتباريا لا تأصليا و من هنا ظهرت الحال فى الوجوب و الحرمه أيضا.

٢- ما حكى عن الفاضل النراقى فى عوائده. و ملخصه: أن البيع عباره عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلا فعليا. سواء أ كان مالكا له بالفعل، أم كان مالكا له فى المستقبل كما إذا قال: بعتك منا من الحنطه بكذا مع أن الحنطه لم توجد الآن لديه، فيكون معناه أنى نقلت إليك المنّ الذى سأملكه من الحنطه بعد مدّه- و إذن فالنقل و إن كان فعليا، إلا أنه ليس بعرض لكى يحتاج إلى موضوع و ما هو عرض- و هو الملك- ليس بفعلى حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له، و يتوجه عليه:

أولا: أن البيع ليس عباره عن نقل الملك. و سيأتى. و لا أن الملك من الأعراض المصطلحه. و قد تقدمت الإشاره إليه و ستتعرض له تفصيلا.

و ثانيا: أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلاليه، و إنما هو بلحاظ

الإضافه أو المكان. و من البين الذى لا ريب فيه أنه إذا استحالت إضافه الملكيه إلى المعدوم فان النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكيه أولى بالاستحاله.

٣- أن الملكيه أمر اعتبارى صرف، فلا يحتاج إلى محل موجود.

و توضيح ذلك:

أن الملكيه لها أربع مراتب:

١- الملكيه الحقيقيه، و هى

السلطنه التامه، بحیث یکون اختیار المملوک تحت سلطنه المالک حدوثا و بقاء، و هی مخصوصه باللّه تعالی، لأنه سبحانه مالک لجمیع الموجودات- بالإضافه الإشراقیه- ملکیه تامه، و محیط بها إحاطه قیومیّه.

و هذه المرتبه من الملکیه هی علیا مراتب الملکیه و لأجل ذلک لا تدخل تحت مقوله من المقولات. و نظیر ذلک فی الممکنات إحاطه النفس بصورها. بداهه أن النفس مالکه لصورها- بالإضافه الإشراقیه- ملکیه حقیقیه.

۲- مالکیه الإنسان لنفسه و أعضائه و أفعاله و ذمته، فان هذه الأمور مملوکه له بالإضافه الذاتیه الأولیه- و قد عرفت ذلک فی أول الکتاب- و من هذا القبیل قوله تعالی حاکیا عن نبیه الأکرم موسی (ع) إِنِّی لا أَمْلِکُ إِلّا نَفْسِی «۱».

و لا شبهه أن هذه المرتبه من الملکیه أیضا غیر داخله تحت المقولات العرضیه و إنما هی عباره عن سلطنه الشخص علی أفعاله سلطنه تکوینیه.

۳- الملکیه المقولیه الخارجیه: و هی عباره عن الهیئه الحاصله من إحاطه جسم بجسم آخر- کالهیئه الحاصله من التعمم و التقمص و التنعل و نحوها- و هذه المرتبه تسمی بمقوله الجده، و هی من الأعراض الخارجیه القائمه بالموجود الخارجی.

۴- الملکیه الاعتباریه التی یعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلی

---

(۱) المائده ۵: ۲۵.

ذلک، و ربما یمضی الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلک المصلحه. بل قد یعتبر الشارع ملکیه شی ء لشخص و إن لم یعتبرها العقلاء. کما یتفق ذلک فی بعض أقسام الإرث.

و من البین الذی لا ریب فیه أن هذا النحو من الملکیه لیست من الأعراض لکی تحتاج الی وجود الموضوع فی الخارج.

و مثال ذلک: أن الزکاه و الخمس یملکهما طبیعی الفقیر و السید، مع أنه لم یعتبر وجودهما فی

الخارج.

و أيضا قام الإجماع على صحه تمليك الكلى الذمى فى بيع السلف و نحوه، مع أن الأعراض لا بد لها من موضوع خارجى.

و على الجمله إن الملكيه الاعتباريه لا ـ مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كليا. فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقوليه [١] بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر.

---

[١] ذكر بعض المحققين من المشايخ وجهين آخرين لاستحاله دخول الملكيه المصطلحه تحت الأعراض المقوليه:

١- (أن المقوله ما يقال على الشىء، و يصدق عليه فى الخارج. فلا بد من أن يكون لها مطابق و صوره فى الأعيان- كالسواد و البياض و ما شابههما من الأعراض- أو يكون من حيثيات ماله مطابق، و من شؤونه الوجوديه. فيكون وجودها بوجوده. كمقوله الإضافه. و من الواضح أنه بعد وجود العقد مثلا لم يوجد ماله مطابق فى الخارج. و لم يتحيث ذات المالك و المملوك بحيثيه وجوديه.

بل على حالهما قبل العقد. و صدق المقوله بلا وجود مطابق، أو تحيثه بحيثيه واقعيه أمر غير معقول).

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه ليس إلا مصادره واضحه، بداهه أن ذات المالك و المملوك، يتحيثان بعد عقد البيع بحيثيه واقعيه: و هى حيثيه المالكيه،-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبه الرابعه من الملكيه القائمه بالاعتبار الساذج بلا احتياج الى محلّ موجود أصلا و رأسا.

و عليه فلا وجه للمناقشه فى جواز بيع الكلى الذمى بما عرفته قريبا من أن الملكيه من مقوله الأعراض التى لا توجد إلا فى محل موجود، و الكلى فى الذمه ليس بموجود لكى يكون محلا للملكيه.

البيع مبادله شى ء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه

ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه فى تعريف البيع؟

قد عرفت آنفا: أن التعاريف اللغويه إنما هى تعاريف لفظيه. و

قد سيقت لشرح الاسم، و الإشاره إلى المعرف- بالفتح- بوجه من الوجوه، لا بتمام الوجوه

- و حيثيه المملوكيه. و إنما الكلام فى أن تلك الحيثيه أ هى من سنخ المقولات العرضيه أم هى من الأمور الاعتباريه.

٢- (أن المقولات لمكان واقعيتها لا- تختلف باختلاف الأنظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فان السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق فى جميع الأنظار، و بالإضافه إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات مع أن المعاطاه مفيده للملك عرفا، و غير مفيده له شرعا).

و فيه أن اختلاف الأنظار فى جمله من الأشياء أمر ضرورى لا سبيل إلى إنكاره، إذ من البين الذى لا ريب فيه أن الفلاسفه قد اختلفوا فى عامه تعالى أنه يتعلق بجميع الأشياء تفصيلا جزئيه كانت أم كليه- كما ذهب اليه جلّ المحققين- أو لا- يتعلق إلا بالكليات- كما ذهب إليه الشيخ الرئيس فى كتابيه الشفاء و الإشارات- و قد يختلف الطبيبان فى صحه شخص و مرضه أو أن الأمر الفلانى ينفع المزاج، أو يضره الى غير ذلك بل ربما يختلف أهل العرف فى ثبوت شى ء و عدمه، كالعلم، و العداله، و الشجاعه، و السخاء، و غيرها من الأوصاف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٣

لكى يمتاز عن جميع ما عداه. و على هذا فغرض الفيومى من ذكر كلمه المبادله فى تعريف البيع- أنه فى الأصل مبادله مال بمال- ليس إلا الإشاره الى أن البيع من سنخ المبادله.

إلا أن تلك المبادله ليست مبادله فى المكان. كرفع شى ء من مكانه، و وضعه فى مكان آخر.

و لا مبادله فى اللبس، كتبديل عباءه بعباءه اخرى.

و لا مبادله فى السكنى. كتبديل دار بدار اخرى.

و لا مبادله فى الركوب كتبديل فرس بفرس آخر.

و لا

غير ذلک من أقسام المبادله الخارجيه التکوينيه.

بل المراد من تلک المبادله هی المبادله فی الإضافه الماليه، بديهه أن کلّ من المتبايعين يبدل ماله فی الإضافه الماليه- عند المبايعه- بمال آخر. و للإشاره الى هذه النکته القيمه الدقيقه قد أخذ الفيومی- فی مصباحه- قيد المال فی تعريف البيع.

و التحقيق أن مفهوم البيع فی الجمله من المفاهيم البديهيه الارتکازيه التی يعرفها کل أحد: و هو التبديل بين شيئين فی جهه الإضافه أيه اضافه کانت: أی سواء أ کانت إضافه ملکيه، أم کانت إضافه ماليه، أم إضافه حقيه، أم غيرها من أنحاء الإضافات.

و لا تختص هذه الإضافه بالإضافه الملکيه، و لا بالإضافه الماليه:

أما الوجه فی عدم اختصاصها بالإضافه الملکيه فلأن سهم سبيل اللّه من الزکاه ليس ملکا لشخص خاص. و لا لجهه معينه. و لذا صدر فی آيه الصدقات [۱] بلفظه (فی) الظاهره فی بيان المصرف. و مع ذلک کله يجوز بيع السهم المزبور، و صرف ثمنه فی سبيل اللّه. کما يجوز بيع نماء العين الموقوفه فی سبيل اللّه و صرف ثمن ذلک فی

---

[۱] قال اللّه تعالی إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِی سَبِيلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ. التوبه ۹: ۶۰.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۴

قربات اللّه. مع أن تلک العين ليست بملک لأحد، و لا لجهه. و کذا نماؤها.

فيستوضح من جميع ذلک أن مفهوم البيع ليس تبديل شيئين فی الإضافه الملکيه.

و لو سلمنا مالکيه الجهه فی المثالين المذکورين فرضنا الکلام فيمن أوصی بصرف ماله فی سبيل اللّه، و نص علی عدم صيرورته ملکا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور لکی يصرف ثمنه فی

قربات اللّه لم يقع التبديل بين العوضين فى الإضافه الملكيه، بل فى إضافه أخرى غيرها.

أما الوجه فى عدم اختصاص الإضافه المذكوره بالإضافه الماليه فلأنه لا دليل على اعتبار الماليه فى البيع. و إنما المناط فى تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضه عليه. و أما ما ذكره صاحب المصباح- من أن (الأصل فى البيع مبادله مال بمال)- فلا يكون دليلا على ذلک لعدم حجيه قوله.

و على هذا فإذا كان المبيع موردا لغرض المشترى- سواء أ كان مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات- و اشتراه بأغلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. و هذا بين لا ريب فيه.

غايه ما يلزم كون المعامله على ما ليس بمال عرفا سفهيه. و لا دليل على بطلانها بعد ما شملته أدله صحه البيع. و الفاسد شرعا إنما هو معامله السفيه و الدليل على الفساد فيها أن السفيه محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال فى تعريف البيع. قيل:

إذا تعلق غرض المشترى باشتراء ما لا ـ يعد مالا ـ فى نظر أهل العرف كان ذلک الغرض موجبا لعروض الماليه له. لما عرفته آنفا من أن ماليه الأشياء متقومه بنظر العقلاء، و رغبتهم فيها. و من البديهى أن المشترى من أفرادهم. و الجواب عن ذلک:

أن ماليه الأشياء و إن كانت متقومه برغبه العقلاء و تنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. و لأجل ذلک أن من اعتبر الماليه فى البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات و العقارب و الديدان و الخنافس، و أشباهها

من هوام الأرض و صغار دوابها، و غير ذلک مما لا يعد مالا فى نظر نوع

العقلاء و إن كان ذا رغبه لدى بعضهم لغرض ما.

و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار الماليه فى البيع. إلا أن ذلك حكم شرعى غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ فى تعريفه. و لو صح أخذ ذلك فى تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها فى تعريفه. مع أنه واضح الفساد.

ثم لا- يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لا- يتحقق إلا بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه: بان يفكّ البائع إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن. و يفكّ المشترى إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكا لزيد. و لو صار الدينار ملكا لبكر لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه.

و يستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز [١] و من كلمات الفصحاء و أهل

---

[١] قال الله تعالى وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرٰاهِمَ مَعْدُودَهٍ. يوسف ١٢: ٢٠.

قال الله تعالى وَ لَبِئْسَ مٰا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كٰانُوا يَعْلَمُونَ. البقره ٢: ٩۶.

قال الله تعالى فَلْيُقٰاتِلْ فِى سَبِيلِ اللّٰهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيٰاهَ الدُّنْيٰا بِالْآخِرَهِ.

النساء ۴: ٧۶.

قال الله تعالى إِنَّ اللّٰهَ اشْتَرىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَ أَمْوٰالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّهَ.

التوبه ٩: ١١٣.

قال الله تعالى أُولٰئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلاٰلَهَ بِالْهُدىٰ. البقره ٢: ١۶.

قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الْكُفْرَ بِالْإِيمٰانِ. آل عمران ٣: ١٧١.

قال الله تعالى وَ لٰا تَشْتَرُوا بِآيٰاتِى ثَمَناً قَلِيلًا. المائده ۵: ۴٨.

الى غير ذلك من الآيات الكثيره الظاهره فى أن دخول العوض مكان المعوض معتبر فى مفهوم البيع، و الشراء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢۶

العرف و اللغه [١]. قيل:

قد تعارف بين الناس إعطاء

الـدراهم للخبـاز أو للبزاز. و الأـمر بإعطـاء مقابلها من الخبز و الثوب للفقير، و لا شـبهه فى كون ذلك بيعا بالحمل الشائع. مع أن المثمن لم يدخل فى ملك من خرج الثمن عن ملكه. و الجواب عنه:

أن المثمن- فى أشباه ما ذكر- قد دخل فى ملك من خرج الثمن عن ملكه.

نهـايه الأـمر أن المشترى قـد و كـلّ البـائع فى إعطـاء المبيع لشـخص آخر. و ان أبيت عن هـذا التوجيه فانّـا لا نبالى فى المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك، و حمله على الصلح، أو على الهبه المعوضه.

مفهوم المفاعله و عدم صدقه على البيع

ما هو مفهوم المفاعله، و هل يصدق ذلک على البيع الذى هو تبديل شى ء بشى ء؟

الظـاهر أن وزن (فاعل) للـدلاله على المشاركه فى الغالب: و المشاركه هى أن يفعل الواحـد بالآخر ما يفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمروا و عليه فذكر المبادله فى تعريف البيع يقتضى أن يكون البيع عباره عن مجموع فعل البائع و المشترى.

و لكن هـذا واضح البطلان، ضـروره أن البيع ليس إلا عباره عن فعل البائع فقط: و هو تبديل ماله بمال صاحبه، و من البديهى أن هـذا المعنى غريب عن معنى المفاعله. و لا صـله بينهما بوجه بل لو فرضـنا صـدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع و المشترى لكان الصادر

---

[١] فى القاموس كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه، و منه اشتروا الضلاله بالهدى.

من كـل منهمـا بيعـا بنفسه. و إذن فلاـ وجه لـذكر كلمه المبـادله فى تعريف البيع- كما صـنعه صاحب المصـباح، و تلقاه جماعه بالقبول- بل لا بد من تبديل لفظ المبادله فى تعريف البيع بكلمه التبديل، فان التبديل هو الذى يتحقق بفعل البائع.

نعم يشترط رضا المشترى بفعل

البـائع، و تحقق عنوان التبـديل. و لكنه أجنبى عن قيـامه بالمشترى، كقيامه بالبائع، و هـذا بخلاف مفهوم المبادله، فإنه معنى قائم بشخصين، كما هو الشأن فى باب المفاعله على ما عرفته فى طليعه البحث.

رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعله و الجواب عنه

قـد سـلك بعض مشايخنا المحققين مسـلكا آخر فى معنى المفاعله. و حاصـله: أنه قـد اشـتهر بين الأدباء و غيرهم أن الفارق بين الهيئات المجرده، و بين هيئه المفاعله إنما هو تقوم المعنى فى باب المفاعله بطرفين.

إلا أن المسـتوضح من الكتاب الكريم. و من الاسـتعمالات الصحيحه خلاف ذلك. كقوله تعالى يُخَادِعُونَ اللّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا «۱» فان الغرض من الآيه الشـريفه تصـدى المنافقين لخـديعه اللّه و خـديعه المؤمنين فقط. و غير ذلك من الآيات الكثيره الظاهره فى خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعله.

و يقال فى الاسـتعمالات العرفيه الصـحيحه: عاجله بالعقوبه. و خالع المرأه. و بارزه بالحرب. و ساعده التوفيق. و واراه فى الأرض. و غير ذلـك، فـان جميع ذلـك بين مـا لا تصـح نسـبه المـاده فيه الى الاـثنين، و بين ما لم يقصـد فيه ذلك و ان صـحت النسـبه المزبوره.

و عليه فلا بد من بيان الفارق بين هيئه الفعل المجرّد، و بين هيئه المفاعله.

و توضـيح ذلـك: أن الهيئـات المجرده لم يلحظ فيها تجاوز الماده عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع. بل التجاوز فيها إما ذاتى- كجمله من الأفعال المتعديه: نظير ضرب،

---

(۱) البقره ۲: ۹.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۸

و خـدع، و نصـر، و نحوهـا- أو بواسـطه الأـداه: كمـا فى الأفعـال اللاـزمه- مثـل جلس، و ذهب، و أمثالهمـا- و قسم من الأفعـال المتعديه- كلفظ كتب و نظائره- بديهه أن تجاوز الماده فى القسمين الأخيرين الى غير الفاعل إنما هو

بواسطه الأداه. فيقال:

جلس إليه. و كتب إليه.

نعم لاـ شبهه فى أن كلمه (كتب) تدل على تجاوز الماده- و هى الكتابه- إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه- الذى هو مورد بحثنا- و إذا أريد تجاوز تلك الماده إلى المكتوب اليه فلاـ بد من الاستعانه بكلمه إلى و أما هيئه المفاعله- كخادع و ضارب و قامر و نحوها- فإن حيثيه تعديه الماده عنها الى غيرها ملحوظه فيها مطابقه فى مقام افاده النسبه، و هذا بخلاف الأفعال المجرّده المتعديه- كضرب و نصر و خدع و نحوها- فإن التعديه فيها من ذاتيات مفادها.

و عليه فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليه أنه خدعه.

و لا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدى لخديعه غيره و كذلك الحال فى ضرب و ضارب و نصر و ناصر و أشباهها من الأفعال المتعديه.

و من هنا يفرق بين ضار، و مضار، فان سمره بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصارى- عند الدخول على عذقه من منزل الأنصارى- قال له النبى ص:

انك رجل مضار «۱»: أى متصد لإضرار الأنصارى. و الجواب عن ذلك:

أن هيئه المفاعله لاـ تتقوم إلاـ بصدور الفعل من الاـثنين، لما عرفته آنفا من دلاله المفاعله على المشاركه فى الغالب: و هى أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به لكى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمرا.

و من الواضح أن هذا المعنى لاـ يتحقق بمجرد تصدى أحدهما لإيجاد الماده دون صاحبه. فلا يقال: ضارب زيد عمروا، أو صارعه، أو جادله، فيما إذا تصدى زيد

---

(۱) راجع فروع الكافى ج ۱ ص ۴۱۴.

لضرب عمرو، أو حربه، أو صراعه، أو

جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه و من صاحبه معا لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحه.

نعم قد تكون هيئه المفاعله بمعنى الفعل المجرد: نحو سافر زيد. و قاتله اللّه.

و واراه فى الأرض. و بارک فى أمره. و أشباه ذلک من الأمثله.

و قد تكون بمعنى الكثره و المبالغه. و لعل من القبيل الثانى قول النبى (ص) لسمره بن جندب: إنک رجل مضّار، و لا ضرر، و لا ضرار على مؤمن.

الإجاره و عدم استعمالها فى نقل العين

قوله: (كما أن لفظ الإجاره يستعمل عرفا فى نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجره).

أقول: إن كان مراده من الثمره على الشجره وجودها عليها فعلا- كما هو الظاهر من كلمه على- فلا شبهه أن الثمره ليست موردا للإجاره. بل استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره غلط فاحش.

و إن كان مراده من الثمره على الشجره شأنيه ظهورها عليها فلا ريب حينئذ فى صحه تعلق الإجاره بالشجره، و تكون الثمره منفعتها المقصوده من إجارتها. و على هذا فيجوز استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره استعمالا حقيقيا.

نعم قد يتوهم فى بعض الروايات [۱] إسناد الإجاره إلى نفس الثمره قبل ظهورها على الشجره. و لعله الى هذا نظر المصنف فى كلامه [۲] قبل:

---

[۱] فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال تقبّل الثمار إذا تبين لک بعض حملها سنه. و إن شئت أكثر. و إن لم يتبين لک ثمرها فلا تستأجرها.

التهذيب ج ۲ ص ۱۷۳. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۳۹. و الوسائل ج ۲ باب ۱۹ من أبواب المزارعه.

[۲] لكن المراد من الاستئجار فى الروايه الاشتراء، بداهه ان ظهور الثمره-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۰

إن ظهور الثمره

على الشجره فعلا لا يمنع عن صحه تعلق الإجاره بالشجره، فإن الثمره الموجوده على الشجره هى منفعتها المقصوده منها، كما أن منفعه الدابه ركوبها، و منفعه الدار سكناها. و الجواب عن ذلك:

أن الإجاره و إن كانت تمليكا للمنفعه إلا أن تلك المنفعه لا بد و أن تكون معلومه بوجه. و من البين الذى لا ريب فيه أن الثمره الموجوده على الشجره مجهوله المقدار. و إذن فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله. قيل:

إذا اقتضت الجهاله بطلان إجاره الشجره بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان إجارتها قبل ظهور ثمرتها بالأولويه القطعيه، لشده الجهاله هنا. و الجواب عنه:

أن جهاله الثمره قبل ظهورها على الشجره لا تضر بإجاره الشجره. بديهه أن المناط فى ارتفاع الجهاله عن المنفعه- التى هى مورد للإجاره فى العين المستأجره- العلم باشتمال العين المستأجره على حيثيه الانتفاع بها: بأن تكون معدّه لذلك.

و من المعلوم أن اشتمال الأشجار المثمره على حيثيه الاثمار أمر معلوم، و إذن فلا تبطل الإجاره من ناحيه الجهاله. و هذا بخلاف الثمره الموجوده على الشجره فإنها مجهوله المقدار. و عليه فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله.

و يضاف إلى ذلك أن إجاره الشجره لثمرتها الموجوده خارجه عن مفهوم الإجاره جزما. إذ لا نحتمل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين أخرى موجوده. كاستئجار الشاه للبنها المحلوب. و استئجار الأشجار لأغصانها الفعليه.

و استئجار المزرعه لزرعها الموجود. و هكذا فى نظائرها.

نعم قد تكون منفعه العين المستأجره ما يوجد من الأعيان و لكنها غير موجوده

- على الشجره ليس بشرط فى استئجار الشجره. و إنما هو شرط فى بيع الثمره. و عليه فالمراد من لفظ التقبل- المذكور فى صدر الروايه- الشراء دون الاستئجار.

حال الإجاره. كاستئجار المنائح و البقرات و الشياه للبنها غير المحلوب. و استئجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها. و استئجار الشجره لثمرتها المعدومه. و السر فى ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعه فى أمثال هذه الموارد معلومه بوجه.

الثمن و جواز كونه من المنافع

قوله: (و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعه).

أقول: لا ريب فى جواز كون الثمن من المنافع. سواء أقلنا باعتبار الماليه فى العوضين، أم لم نقل به، ضروره أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال، لرغبه العقلاء إليها، و تنافسهم فيها.

نعم حكى عن بعض الأعيان: أن شأن العوض شأن المعوض. فكما يعتبر كون الثانى من الأعيان. و كذلك الأول.

و يمكن الاستدلال على هذا الرأى بوجوه:

۱- ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان. و يرد عليه:

أن غرض الفقهاء رضوان اللّه عليهم من هذه العباره هو المبيع، لأنهم ذكروها فى مقابل الإجاره التى هى لنقل المنافع. مع أن الأجره فيها تكون من الأعيان غالبا.

و لعل النكته فى عبارتهم هذه هى ملاحظه ناحيه الإيجاب، بداهه أن العقد إنما يتم بفعل الموجب. و أما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل، و نسبته الى نفسه.

۲- أن الأدله الداله على صحه البيع و نفوذه إنما هى منصرفه إلى البيوع المتعارفه. و من البديهى أنه لم يتعارف جعل العوض فى البيع من المنافع. و على فرض وجوده فى مورد فهو من الأفراد النادره التى تنصرف عنه الإطلاقات. و الجواب عن ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۲

أن مفهوم البيع- على ما عرفته آنفا- تبديل شى ء بعوض فى جهه الإضافه.

و لا يفرق فى تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عينا، أو كلاهما منفعه، أو أحدهما عينا

و الآخر منفعه.

و لكنا قد ذكرنا فيما سبق: أن المتبادر من الاستعمالات العرفيه عدم صدق البيع على تمليك المنفعه. بل يعتبر فى تحقق مفهومه أن يكون المبيع عينا. و أما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان. فيبقى تحت مفهوم البيع: و هو تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه. فتشمله العمومات الداله على صحه العقود.

و يضاف الى ذلك أن غلبه الأفراد الخارجيه لا تمنع عن شمول أدله الإمضاء للفرد النادر.

٣- أن المنافع أمور معدومه، فلا يقع عليها البيع، ضروره أن الملكيه من مقوله الأعراض، و هى لا تتقوم إلا بالمحل الموجود. و من المفروض أن المنافع أمور معدومه. فيستحيل أن تكون موضوعا للملكيه. و يرد عليه:

أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج. بل لا بد و أن يكون متعلقها قابلا لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء، و قد عرفت ذلك فيما تقدم.

٤- ما ذكره الطريحى فى مجمع البحرين، من أن المال فى الأصل الملك من الذهب و الفضه. ثم أطلق على كل ما يقتنى، و يتملك من الأعيان. و عليه فلا تكون المنفعه ثمنا فى البيع، لأنه مبادله مال بمال. و المفروض أن المنفعه ليست من الأموال.

و يرد عليه:

أن المال ما يبذل بإزائه شى ء حسب رغبه العقلاء و تنافسهم، و من الواضح أن هذا المعنى أعم من العين و المنفعه. بداهه أن المنفعه من مهمات ما يرغب فيه العقلاء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٣

عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فى البيع

قوله: (و أما عمل الحر فان قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال).

أقول: هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره): و هو قوله:

(و أما العوض

فلا إشكال فی جواز کونه منفعه).

و توضیح ذلک: أن عمل الحر تاره یلاحظ بعد وقوع المعاوضه علیه- کما إذا استأجره لبنائه داره، أو لنجاره بابه، أو لخیاطه ثوبه، أو لغیر ذلک من الأغراض العقلائیه- و أخری یلاحظ قبل وقوع المعاوضه علیه.

و علی الأول فلا إشکال فی جعل العمل المزبور ثمنا فی البیع، بداهه کونه مالا مملوکا للمستأجر. و له أن یتصرف فیه أی تصرف، لأن الناس مسلطون علی أموالهم.

کما أن عمل العبد و الدابه مال مملوک لصاحبها.

و الدلیل علی مالیه عمل الحر فی هذه الصوره أمور:

۱- أنه یصح إطلاق ذی المال علی المستأجر الذی ملک عمل الحر بالإجاره أو الصلح.

۲- أنه یجب علی المستأجر المزبور حجّ البیت، لأنه قد استطاع الیه سبیلا، إذا کان عمل أجیره وافیا بزاده و راحلته.

۳- أنه یخرج المستأجر بعمل أجیره عن عنوان الفقراء، و یعامل معه معامله الأغنیاء، إذا کفی ذلک العمل مئونه سنته. و إذن فیحرم علیه أخذ الزکاه. و سائر الوجوه الشرعیه المقرره للفقراء و المساکین.

۴- أنه إذا أتلف أحد عمل أجیر ضمنه لمستأجره، لقاعده الضمان بالإتلاف.

و لأجل هذه الأمور کلها نستکشف صدق مفهوم المال علی عمل الحر بعد وقوع المعاوضه علیه. و السر فی ذلک کله: أن عمله حینئذ مورد لرغبه العقلاء و میلهم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۳۴

و علی الثانی فإن قلنا باعتبار المالیه فی الثمن و المثمن فلا یقع عمل الحر عوضا فی البیع، لأنه لا یعد مالا عرفا. و إن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمنا فیه.

و الشاهد علی عدم کونه مالا فی هذه الصوره: أن الحر لا یکون مستطیعا بلحاظ عمله لکی یجب علیه الاکتساب، و تحصیل الزاد و الراحله.

ثم السير الى بيت اللّه الحرام.

و أيضا لو حبسه أحد لم يضمن عمله. مع أن تفويت منافع العبد أو الدابه أو سائر الحموله موجب للضمان.

هـذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمنا فى البيع. و أما جعله مثمنا فيه فليس بجائز قطعا، لأنه من المنافع. و قـد عرفت فيما سـبق أن المبيع لا بد و أن يكون من الأعيان، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تمليك المنفعه بعوض.

و الحق: أنه لا يفرق فى صـدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضه عليه و عـدمه. و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن ماليه الأشـياء متقومه برغبه الناس فيها رغبه عقلائيه. و لا يعتبر فى ذلك صدق الملك عليها، لأن النسـبه بينهما هى العموم من وجه. إذ قد يوجد المال و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصـليه قبل حيازتها، فإنها مال و ليست بمملوكه لأحد. و قد يوجد الملـك، و لا يصـدق عليه مفهوم المـال. كحبه من الحنطه، فإنهـا ملك لصاحبه، و ليست بمال، إذ لا يبـذل بإزائها شـى ء. و قد يجتمعان.

و هـو كـثير. و من المعلـوم أن عمـل الحر- قبـل وقوع المعـاوضه عليه- من مهمـات الأمـوال العرفيه و إن لـم يكـن مملوكـا لأحد بالملكيه الاعتباريه. بل هو مملوك لصاحبه بالملكيه الذاتيه الأوليه على ما عرفته فى أول الكتاب.

نعم ربمـا يناقش فى ذلك بأن البيع- كما سـبق- تبـديل شـى ء من الأعيان بعوض فى الإضافه الاعتباريه. و من الواضـح أن عمل الحر فاقد لهذه الإضافه. و إذن فلا يصلح لأن يكون طرفا للتبديل الاعتبارى فى جهه الإضافه.

و فيه أن عمل الحر و إن لم يكن مملوكا لصاحبه بالإضافه الاعتباريه قبل البيع،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۵

و لكنها تعرض عليه بنفس البيع. و قد تقدم نظير ذلك فى البحث عن إمكان بيع الكلى فى الذمه.

و دعوى أن كلا من العوض و المعوض لا بد و أن يكون مالا مملوكا قبل البيع دعوى جزافيه، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل و الاعتبار.

و أما الوجه فى عدم وجوب الحج على الحر- بلحاظ استطاعته من ناحيه عمله- فلأن الاستطاعه إنما تتحقق بمالكيه المكلف- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحله.

و بمالكيته لمئونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى. و بأمن الطريق فى بعض الأخبار [١].

و عليه فعمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه و إن كان مملوكا له بالملكيه الفعليه التكوينيه. و كذا بالملكيه الشأنيه الاعتباريه. إلا أنه لا يترتب عليهما ما هو أثر للملكيه الفعليه الاعتباريه.

نعم إذا آجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد، بحيث يكفى ذلك مئونه حجه و عياله، كان مستطيعا. و السر فيه هو ما ذكرناه من كون المدار فى الاستطاعه على الملكيه الفعليه الاعتباريه، دون الاقتضائيه.

و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله،

---

[١] المروى عن محمد بن يحيى الخثعمى قال: سأل حفص الكناسى أبا عبد اللّه (ع) و أنا عنده عن قول اللّه عز و جل وَ لِلّٰهِ عَلَى النّٰاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطٰاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ما يعنى بذلك؟ قال: من كان صحيحا فى بدنه. مخلى سربه. له زاد و راحله. فهو ممن يستطيع الحج. الخبر. فروع الكافى ج ١ ص ٢۴٠، و الوافى ج ٨ ص ۴٩. و الوسائل ج ٢ باب ٨ من أبواب الحج. فى أقرب الموارد: السرب بالفتح الطريق. يقال: خل له

سربه: أی طریقه. فلان مخلی السرب: أی موسع علیه غیر مضیق علیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۳۶

إذ المناط فی صحه هذا الإطلاق کون الإنسان مالکا لأمواله بالملکیه الفعلیه الاعتباریه.

و قد عرفت قریبا: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- غیر مملوک له کذلک، لأن ثبوت شی ء لشی ء بالإضافه الاعتباریه إنما یصح فی غیر موارد الثبوت الحقیقی.

و إلا کان الاعتبار لغوا محضا، و تحصیلا للحاصل. و من المفروض أن عمل الحر مملوک له بالإضافه الذاتیه. کما أن اللّه تعالی مالک لمخلوقاته بالإضافه الذاتیه الإشراقیه.

و أما الوجه فی أن إتلاف عمل الحر لا یوجب ضمانه علی المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف لیست بروایه لکی یتمسک بإطلاقها فی الموارد المشکوکه. بل هی قاعده متصیده من الموارد الخاصه. و إذن فلا بد من الاقتصار فیها علی المواضع المسلمه المتیقنه.

و مع الإغضاء عن ذلک، و تسلیم کونها روایه أنها غریبه عن عمل الحر. إذ المستفاد منها أن إتلاف مال غیره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من کلمه (المال) هو المال المضاف الی مالکه بالإضافه الاعتباریه. و قد عرفت: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- لیس کذلک. و علیه فلا یکون مشمولا لقاعده الضمان بالإتلاف.

نعم إذا کان الحر کسوبا: و له عمل خاص یشتغل به کل یوم- کالبنایه و التجاره و الخیاطه و غیرها- فان منعه عن ذلک موجب للضمان، للسیره القطعیه العقلائیه.

نظره فی الحقوق

اشاره

قوله: (و أما الحقوق الأخر).

أقول: لا وجه لتوصیف کلمه (الحقوق) بلفظ (الأخر) إذ لم تتقدم طائفه من الحقوق لیکون المذکور هنا طائفه أخری منها.

و علیه فالوصف المزبور مستدرک جزما. و قد ضرب علیه فی بعض النسخ الصحیحه.

و یحتمل قریبا وقوع التصحیف فی عباره

المصنف بالتقديم و التأخير. و صحيحها هكذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۷

و أما الحقوق فان لم تقبل المعاوضه بالمال فلا إشكال. و كذا لو لم يقبل النقل. و أما الحقوق الآخر القابله للانتقال إلخ.

و قد ذكر السيد فى حاشيته وجها آخر لتصحيح العباره. و إليك نصه بلفظه:

(يمكن أن يكون الوصف توضيحيا، و يمكن أن يكون تقييديا بعد اعتبار كون العين و المنفعه أيضا من الحقوق بالمعنى الأعم). و يرد عليه:

أن الحق المبحوث عن جواز جعله ثمنا ليس من سنخ العين، و لا من سنخ المنفعه لكى يحتاج تمييزه عنهما الى قيد احترازى. بل هو أمر يباين العين و المنفعه، فإنه عباره عن الإضافه الخاصه المتعلقه بالعين تاره، و بالمنفعه أخرى. و من هنا قد ناقش المصنف فى جعل حق التحجير ثمنا فى البيع بدعوى أنه ليس بمال- و سيأتى ذلك قريبا- مع أن الأرض المحجره مال بالحمل الشائع قطعا.

نعم لو كان مورد البحث فى العين أو المنفعه هو نفس الإضافه بين المالك و المملوك، أو كان مورد البحث فى الحقوق هو متعلقها، لكان الحق شبيها بالعين و المنفعه، و احتاج تخصيص البحث بالحقوق الى قيد احترازى. و لكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه.

قوله: (كحق الشفعه و حق الخيار)

. أقول: الظاهر وقوع التحريف فى هذه العباره، ضروره أن حق الشفعه و حق الخيار من أمثله القسم الثانى للحق الذى أشار إليه المصنف

بقوله: (و كذا لو لم يقبل النقل)

. و الوجه فى ذلك أن القسم الثانى من الحق هو ما لا يقبل النقل الاختيارى و ان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهرى كالإرث- أو كان يقبل الاسقاط مجانا، أو مع العوض و

من الظاهر أن حق الشفعه و حق الخيار يقبلان الانتقال و الاسقاط مجانا أو مع العوض، فيكونان من مصاديق القسم الثانى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٨

أقسام الحقوق و أحكامها

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثه أقسام:

١- ما لا يقبل المعاوضه بالمال و حكم فيه بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

٢- ما لا يقبل النقل- و إن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالإرث- كحق الشفعه و حق الخيار. و حكم فيه أيضا بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

و استدل على أن هذا القسم من الحق لا يقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع و المشترى) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك لا محاله، و إن قبل السقوط و الاسقاط.

و ناقش فى هذا الرأى صاحب الجواهر، و إليك نص عبارته: (و فيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه. و لا ريب فى اقتضائه حينئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذى بعينه يقرر فى نحو حق الخيار و الشفعه و اللّه اعلم). و قد أجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه، و بين ما نحن فيه بتقريب أن الملكيه علاقه خاصه بين المالك و المملوك. و لا حاجه لها إلى وجود المملوك عليه. و عليه فلا مانع من تملك الإنسان لما فى ذمته، و يترتب عليه سقوطه. و لذلك جعل الشهيد فى قواعده الإبراء مرددا بين التمليك و الاسقاط. مع أنه لو كان تملك الإنسان لما فى ذمته محالا لما جعل أمر الإبراء مرددا بينهما. و هذا بخلاف حق الشفعه

و حق الخیار و أشباههما من الحقوق التی تتقوم بطرفین (المسلط و المسلط علیه) فان ذلک سلطنه فعلیه محتاجه إلی المسلط علیه. و علی هذا النهج فلو نقلت هذه السلطنه ممن له الحق إلی من علیه الحق لزم منه اجتماع عنوانین متقابلین: (المسلط و المسلط علیه) فی شخص واحد و هو محال.

۳- ما یقبل النقل و الانتقال و یقابل بالمال فی الصلح کحق التحجیر. و مع ذلک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۳۹

ناقش المصنف فی وقوعه ثمنا فی البیع، لأنه- لغه و عرفا- مبادله مال بمال. و من البین أن الحق لیس بمال لکی یقع عوضا فی البیع. نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المالیه فی کل من الثمن و المثمن أمکن جعل الحق ثمنا فی البیع. هذا تفصیل ما ذکره المصنف فی المقام.

أقول: أما القسم الأول (ما لا یقبل المعاوضه بالمال) فقد یراد منه ما یقبل النقل و الانتقال، و السقوط و الاسقاط قبولا مجانیا من دون أن یقابل بالمال- کحق القسم للضره علی ما قیل- و علیه فما ذکره قدس سره و إن کان وجیها من حیث الکبری:

و هی أن مثل هذا الحق لا یجوز جعله ثمنا فی البیع. و لکن لم یدلنا دلیل علی وجود صغری لهذه الکبری فی الخارج. و أما حق القسم فلا دلیل علی کونه من هذا القبیل.

و قد یراد من ذلک ما لا یقبل النقل و الانتقال، و لا السقوط و الاسقاط- کحق الولایه و الحضانه و أشباههما- و هو أیضا متین من حیث الکبری المزبوره، لأنه لا تصح مقابله الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذکوره. فإذا استحال عروض تلک الجهات علی الحقوق لم تجز المعاوضه علیها.

و لکن

مثل هـذا لاـ يسـمى حقـا مصـطلحا، إذ المعروف بين الفقهـاء رضـوان اللّه عليهـم: أن الفرق بين الحق و الحكم أن الحق نوع من السـلطنه التى يكون أمرها بيـد ذى الحق بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شـيئا من ذلك. و إذن فالأمثله المـذكوره غريبه عن حدود الحق. و إنما هى من مصاديق الحكم المصطلح.

و أما القسم الثانى (ما لا يقبل النقل) فيقع البحث عنه فى جهات شتى:

۱- مالكيه الإنسان لما فى ذمته.

ذكر المصنف (ره): أن جواز ملك الإنسان لما فى ذمته معقول عقلا، و جائز شرعا.

و هذا موافق للتحقيق، لما ذكرناه فى أول الكتاب من مالكيه الإنسان لنفسه و فعله و ذمته بالإضافه التكوينيه الذاتيه الأوليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۰

نعم لا يتصف ذلك بالملكيه الاعتباريه. لا من جهه اسـتحاله اتحاد المالك و المملوك عليه. بل لأن الثبوت الاعتبارى إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى.

و إلا لكان الاعتبار لغوا محضا، و تحصـيلا للحاصل. و قـد مرّ فيما سـبق أن مالكيه الإنسان لـذمته أمر تكوينى حقيقى، فلا يحتاج إلى الثبوت الاعتبارى. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد يتوهم أن المالك و المملوك عليه من المتضائفين، و هما متقابلان. و إذن فيستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أن النسـبه بين المالك و المملوك عليه و إن كانت هى التضايف. و لكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهمـا فى محـل واحـد دائما فاللّه تبارك و تعالى عالم بـذاته، و هو معلوم له و كل شاعر يحبّ نفسه. و إنما الاسـتحاله فيما كان بين المتضائفين تغاير وجودى كالعليه و المعلوليه. و من البديهى أن المالك و المملوك عليه لم يعتبر بينهما التغاير

الوجودى. فلا مانع من صدقهما على شى ء واحد.

٢- الفارق بين الملكيه و السلطنه:

ذكر المصنف: أن الملكيه لا تتوقف على المملوك عليه. و السلطنه تتوقف على المسلط عليه.

و التحقيق: أن هذا المعنى و إن كان صحيحا بالإضافه إلى الملكيه المضافه إلى الأعيان الخارجيه. إلا انها لا تصح فى الملكيه المضافه إلى الذمم. فإن الكلى ما لم يضف إلى ذمه شخص خاص لا يبذل بإزائه شى ء. و لا يرغب فيه العقلاء.

٣- اتحاد المسلط و المسلط عليه:

ذكر المصنف: أن مثل حق الشفعه و حق الخيار سلطنه فعليه، فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد.

و التحقيق: أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه عليه. لا من ناحيه المحذور الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤١

ذكره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سيأتى قريبا) بل من جهه أن حق الشفعه إما أن يباع من المشترى، أو من غيره. و على الأول فيكون البيع لغوا محضا، إذ المشترى مالك للحصه المبيعه قبل انتقال حق الشفعه إليه و عليه فلا معنى لاستحقاقه تملك تلك الحصه ثانيا بحق الشفعه. و على الثانى فلأن حق الشفعه استحقاق الشريك للحصه المبيعه فى شركته لكى يضمها الى حقه. فالشريك قد أخذ موضوعا لهذا الحق. و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه، بديهه أن نسبه الحكم الى موضوعه كنسبه المعلول الى علته، فكما يستحيل انفكاك المعلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه.

و بتعبير آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصيه فى مورده.

و تلك الخصوصيه هى العله التامه لثبوته للشريك فقط، دون غيره.

نعم تجوز المعاوضه على حق الشفعه من حيث الإسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمنا فى البيع، أو اجره

فى الإجاره، أو عوضا فى الصلح و الهبه، أو صداقا فى النكاح، و لكن هذا أجنبى عما نحن فيه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه على حق الشفعه، و جعله عوضا فى العقود المعاوضيه، لا المعاوضه على إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقا: أن عمل الحر يجعل عوضا فى البيع و غيره من العقود المعاوضيه.

و أما حق الخيار فجواز المعاوضه عليه من حيث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا- و قد عرفته قريبا- و أما نقله الى غيره بالعقود المعاوضيه، و جعله عوضا فيها فقد منعه المصنف من ناحيه استلزامه اتحاد المسلط و المسلط عليه.

و الجواب عن ذلك:

أولا: أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار. و أما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور. و إذن فالدليل أخص من المدعى.

ثانيا: أن هذا إنما يلزم فيما إذا كان متعلق السلطنه فى الخيار هو البائع. دون

العقد. و لكن سيأتى فى مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين و إلا لسقط خيار كل منهما بموت صاحبه.

و على هذا الضوء فثبوت حق الخيار لا يحتاج الى وجود المسلط عليه لكى يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط و المسلط عليه. بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجره.

ثالثا: أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار- لاستحاله اتحاد المسلط و المسلط عليه- لاستحال ملك الإنسان لما فى ذمته بالأولويه القطعيه، لاستحاله تملك الكلى بدون المملوك عليه. و حيث عرفت إمكان الثانى فكان الأول أولى بالإمكان.

رابعا: أن مفهوم السلطنه و إن كان من المفاهيم الإضافيه. إلا أن عنوان التضايف لا

يقتضى استحاله صدق المتضايفين على شى ء واحد. كما عرفته قريبا.

و صفوه ما ذكرناه: أنه لا مانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحيه التى ذكرها المصنف قدس سره.

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين، أو بجعل شرعى ترجع حقيقته- على ما حققناه فى مبحث الخيارات- الى تحديد الملكيه فى البيع الى زمان فسخ من له الخيار. و من الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلى الوارث بأدله الإرث. و تمام الكلام موكول الى مبحث الخيارات. و يأتى الكلام فيه إن شاء اللّه.

و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال- كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمنا فى البيع، لعدم صدق المال عليه.

و يرد عليه ما ذكرناه فى أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئا. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبه العقلاء و تنافسهم.

فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور فى جواز المعاوضه عليه من هذه الناحيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۳

نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلا للنقل و الانتقال، أو السقوط و الاسقاط، مجانا، أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمنا فى البيع، بداهه أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافه ملكيه أو غيرها.

و قد عرفت سابقا «۱»: أن البيع لا بد فيه من التبديل: بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمنا. و إذن فيملك البائع على المشترى هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع.

كما هو الحال فى بقيه الأفعال المجعوله ثمنا.

و قد نوقش فى جعل الحق ثمنا فى البيع بمناقشه اخرى. و حاصلها: أن البيع- فى الواقع و نفس الأمر- ليس إلا إزاله الإضافه المالكيه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمنا فى البيع.

و السر فى ذلک أن الملكيه من المفاهيم الإضافيه. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوک. و من آثار هذه الإضافه أن يفكّ المالک- عند التبديل- إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن، و يفكّ مالك الثمن إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوک على حاله.

و من الظاهر أن التبديل فى باب الحقوق من القبيل الثانى. ضروره أنه إذا جعل الحق عوضا فى معامله كان معناه زوال الحق من ذى الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه.

و ليس معناه وقوع التبديل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجره مثلا.

و لا- أن معناه وقوع المعاوضه بين المعوض و نفس الحق ضروره أن الحق ليس إلا إضافه خالصه و من البديهى أن مقابله هذه الإضافه بشى ء تحتاج إلى إضافه أخرى

---

(۱) ص ۲۵

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۴

لكى يقع التبديل فى تلك الإضافه. و يلزم منه التسلسل.

و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق. و لا على تبديله بغيره.

كما أنه لا- يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه فى الجهات الراجعه إليه- كالامامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن

نمنع عن جواز تبـديل حق بحق. أو تبـديله بغيره، منعا مطلقا: أى سواء أصـدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلک. و أنت خبير بأن المانع من تبديل الحقوق، و جعله ثمنا هو ما ذكرناه من استحاله تعلق الملكيه بالحكم الشرعى. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمنا. و بذلک تنقطع السلسله كما فى مبادله الأعيان و المنافع.

الملک و الحق و بيان الفارق بينهما

ما هى حقيقه الملک، و حقيقه الحق، و ما هو الفارق بينهما؟

أن الثـابت فى نظـام الوجود لاـ يخلو عن أربعه أقسـام: لأـنه إمـا واجب، أو ممكن. و الثانى: إما جوهر، أو عرض، أو أمر اعتبارى قائم بنفس الاعتبار.

و لاـ ريب فى أن الأحكـام كلهـا من قبيـل الأـمور الاعتباريه. سواء فيها الأحكام الشـرعيه، و العقلائيه، و الوضـعيه، و التكليفيه، و الإلزاميه و الترخيصيه.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمه المكلف.

و معنى الزوجيه اعتبار كل من الزوجين عدلا للآخر.

و معنى الملكيه اعتبار إحاطه المالک بالمملوک. و على هذا النمط كلما ورد عليک حكم من الأحكام.

و عليه فحقيقه الملكيه إنما هى السلطنه و الإحاطه: و هى مقوله بالتشكيک على مراتبها الأربع المتقدمه «۱» و لا ريب فى أن هذه السلطنه إنما تتعلق بالأعيان الخارجيه

---

(۱) ص ۲.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۵

تاره، و بالأفعال اخرى. فيقال: له السـلطنه على المملكه. و هو سـلطان الرعيه، و الناس مسـلطون على أموالهم. و زيـد مسـلط على الخياطه و البنايه و التكلم و الكتابه و نحو ذلک من الأفعال.

و هـذا بخلاـف الحق و الحكم، فإنهمـا لاـ يتعلقان إلا بالافعال. فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز و شـرب الماء. و يستحب له أكل الرمان و يجب على المكلف

الإتيان بالصلاه الواجبه، و ترک المحرمات. و یحرم علیه شرب المسکر و أکل الربا، و استماع الغناء. و یکره له أکل لحم الحمیر و البغال.

و أیضا یقال: إن صاحب الخیار له حق فسخ العقد. و المرتهن له حق بیع العین المرهونه، و استیفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه. و الزوجه لها حق المطالبه للمسکن و النفقه و المضاجعه من زوجها. و الأولیاء لهم حق القیام بأمور المولی علیهم.

و حق المؤمن علی المؤمن أن یدفع غیبته و یقضی حاجته. و یحضر جنازته. و یکشف کربته.

و علی الجمله: إن الفارق بین الحق و الحکم، و بین الملک: أن الأولین لا یتعلقان إلا بالأفعال. بخلاف الملک فإنه یتعلق بالأعیان تاره و بالأفعال اخری. و إلیک ملاحظه الاستعمالات الصحیحه الفصیحه.

الحق و الحکم و عدم وجود الفارق بینهما

ما هو الفارق بین الحق و الحکم؟

لا ینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف.

و توضیح ذلک: أن المجعولات الشرعیه علی سته أقسام:

۱- التکلیفی الإلزامی، کالواجبات و المحرمات.

۲- التکلیفی غیر الإلزامی. کالمستحبات و المکروهات و المباحات.

۳- الوضعی اللزومی الذی یقبل الانفساخ. کالبیع و الإجاره و الصلح و نحوها،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۴۶

فإنها و إن کانت لازمه فی نفسها. و لکنها تنفسخ بالإقاله و نحوها.

۴- الوضعی اللزومی الذی لا یقبل الانفساخ، کالزواج، فإنه لا ینفسخ إلا فی موارد خاصه.

۵- الوضعی الترخیصی الذی یقبل الاسقاط، کحق الشفعه و حق الخیار، فلصاحب الحق أن یرفع یده عن حقه و یسقطه.

۶- الوضعی الترخیصی الذی لا یقبل الاسقاط، کالجواز فی الهبه، فإنه حکم مجعول للشارع. و لا یرتفع بالإسقاط.

و هذه الأمور الاعتباریه و إن اختلفت من حیث الآثار اختلافا واضحا، و لکنها تشترک فی

أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعى أو العقلائى إلى الحق و الحكم لكى نحتاج إلى بيان الفارق بينهما. بل كلها حكم شرعى، أو عقلائى قد اعتبر لمصالح خاصه. بناء على مسلك العدليه من تبعيه الأحكام للملاكات الواقعيه.

نعم تختلف هذه الأحكام فى الأثر- كما أشرنا إليه قريبا- اختلافا ظاهرا.

فبعضها يقبل الاسقاط. و بعضها لا يقبله و السر فى هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثا و بقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما. نعم المتبع فى ذلك- فى مقام الإثبات- هو الأدله الشرعيه.

و على الجمله: إن الجواز و اللزوم الوضعيين. كالجواز و اللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعيه و لا تفاوت فى ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

فاعطف نظرك هل ترى فارقا بين جواز قتل المشرك- الذى يسمى حكما شرعيا- و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيا، لقبوله الاسقاط.

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقا بين حق الحضانه و الأبوه، و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط، و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۷

و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشى ء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه فى فعل شى ء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر

على فعل أو ترک.

و ذکر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحکم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلک مما ذکروه فی هذا المقام. و لکنک قد عرفت: أنه لا يرجع شی ء من ذلک إلى محصل.

نعم لا- مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحکام: و هی التی تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه فی الاصطلاح. و أظن- و إن کان الظن لا يغنی من الحق شيئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء فی حقيقه الحق و الحکم.

و بيان الفارق بينهما. و اللّه العالم.

و مما يدل على اتحاد الحق و الحکم أن لفظ (الحق) فی اللغه بمعنی الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على کل أمر متقرر فی وعائه المناسب له، سواء أ کان تقررا تکوينيا أم کان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل فی عده موارد من الکتاب العزيز [1]

---

[1] قال الله تعالى لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلىٰ أَكْثَرِهِمْ (أی ثبت) يس ۳۶: ۶.

قال الله تعالى فَحَقَّ عَلَيْنٰا قَوْلُ رَبِّنٰا (أی ثبت) الصافات ۳۷: ۳۰.

قال الله تعالى أَ فَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذٰابِ (أی ثبت) الزمر ۳۹: ۲۰.

قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ حَقَّتْ عَلَيْهِمْ كَلِمَتُ رَبِّكَ (أی ثبتت) يونس ۱۰: ۹۶.

قال الله تعالى وَ يُحِقُّ اللّٰهُ الْحَقَّ بِكَلِمٰاتِهِ (أی يثبته) يونس ۱۰: ۸۲.

قال الله تعالى لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَ يُبْطِلَ الْبٰاطِلَ (أی يثبت) الأنفال ۸: ۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۴۸

و من هنا يصح إطلاق کلمه (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه فی الواقع.

و لهذا أيضا يطلق الحق- بقول مطلق- على اللّه تعالى، لبطلان غيره فی جنبه سبحانه.

و من هنا قيل: إن أصدق شعر

أنشئ فى الجاهليه هو قوله

ألا كل شى ء ما خلا اللّه باطل

. و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعيه. بل جميع الأمور الثابته فى أى صقع من الأصقاع، فلا وجه لتخصيصه بالأحكام فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منها.

المجعول الشرعى و الشک فى أنه حق أو حكم

إذا شک فى أن المجعول الشرعى حق اصطلاحى يقبل الإسقاط، أو أنه حکم اصطلاحى لا يقبله، فان كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به. و إلا فإن كان لدليل المشكوک فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلک، و يثبت به كونه حكما.

و مثال ذلک: أنه إذا شک فى أن جواز أكل الماره من الشجره التى تمر عليها، أو جواز الفسخ فى الهبه حق أو حكم فإنه يتمسک بإطلاق ما دل على جوازهما.

و يثبت بذلک كونه حكما، فلا يسقط بالإسقاط.

و أنه إذا شككنا فى بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص):

(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له) «۱» و أنه إذا شككنا فى بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى (وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً) «۲». و مع عدم الإطلاق فى ذلک

- قال اللّه تعالى كَذٰلِکَ حَقًّا عَلَيْنا نُنْجِ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) يونس ۱۰: ۱۰۳.

قال الله تعالى وَ كانَ حَقًّا عَلَيْنا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) الروم ۳۰: ۴۶.

إلى غير ذلک من الآيات المتظافره.

---

(۱) قد أشرنا إلى مصادر الحديث فى ص ۶.

(۲) الاسراء ۱۷: ۳۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۹

رجعنا إلى الآيات [۱] و الروايات [۲] الداله على حرمه قتل النفس المحترمه.

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه استصحابنا الجواز المشكوك فيه بعد

إسـقاطه. و نحرز بذلک کونه حکما. و إلا فیرجع إلى ما یقتضیه سائر الأصول اللفظیه أو العملیه. فقد تکون نتیجه ذلک السقوط بالإسقاط. فیکون حقا.

و علیه فـإذا شـک فی أن حق الشـفعه و حق الخیار من قبیل الحقوق، أو من قبیل الأحکام لم یجز إعمالهما بعـد الاسـقاط، لعـدم الإطلاق فیما دل على ثبوتها لذی الخیار و الشفیع.

و إذن فإن قلنا بجریان الاستصحاب فی الشبهات الحکمیه رجعنا إلیه. و إلا فإن العمومات الـداله على حرمه أکل مال الناس من دون رضاه محکمه.

و إذا شک فی حق أنه یقبل الانتقال إلى الوارث أولا- کحق الحضانه و الولایه و أمثالهما- فإن کان هنا دلیل على قبوله النقل فإنه یحکم بقبوله الانتقال أیضا، إذ یستکشف من ذلک عـدم وجود الخصوصـیه لمورد المشـکوک فیه. و إلا فإنه یحکم بعـدم انتقاله. و یأتی تفصیل ذلک فی مبحث أحکام الخیار.

و إذا شککنا فیما یطلق علیه الحق اصطلاحا أنه یقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إیاه، إذ الظاهر من الأدله المثبته لذلک هو اختصاصه بذی الحق فقط. فثبوته لغیره یحتاج إلى دلیل.

و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسکا بالعمومات الداله على صحه العقود و نفوذها

---

[۱] قال اللّه سبحانه وَ مٰا کٰانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ یَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلّٰا خَطَأً. النساء ۴: ۹۴.

قال اللّه سبحانه وَ مَنْ یَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزٰاؤُهُ جَهَنَّمُ خٰالِداً فِیهٰا. النساء ۴: ۹۵.

قال اللّه سبحانه وَ لٰا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِی حَرَّمَ اللّٰهُ إِلّٰا بِالْحَقِّ. الانعام ۶: ۱۵۲.

[۲] المرویه فی فروع الکافی ج ۲ ص ۳۱۵، ۳۱۶، و التهذیب ج ۲ ص ۴۹۱، و الوافی ج ۹ ص ۸۲.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۵۰

دعوى جزافیه، فإن تلک العمومات ناظره إلى

بيان الحكم الوضعي: و هو إمضاء المعاملات العرفيه: أعنى بها ما يكون مورد المعامله فيها قابلا للانتقال إلى غيره. و مع الشك فى ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكا بها فى الشبهه المصداقيه. و قد ثبت فى محله عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه.

و إلى هنا وقف القلم فى مبحث الحق و الحكم. و اللّه ولى التوفيق، و عليه التوكل، و به الاعتصام.

مفهوم الإنشاء و تعريفه

قوله: (فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال).

أقول: إن واقع الإنشاء المقابل للاخبار و إن كان من الأمور الواضحه التى يعرفها الصبيان و المجانين حسب مرتكزاتهم فضلا عن البالغين، إلا أنه وقع الكلام فى حقيقته و فيما به يمتاز عن الأخبار، فالمعروف بين العلماء: أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ.

و لكن هذا التعريف مزيف، لأنا ذكرنا فى مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول: أن المراد من إيجاد المعنى باللفظ إما إيجاد خارجى، أو إيجاد اعتبارى:

أما الإيجاد الخارجى فهو ضرورى البطلان، بداهه أن الموجودات الخارجيه برمتها مستنده إلى عللها الخاصه، و أسبابها المعينه، و مقدماتها الإعداديه، و من الواضح الذى لا ريب فيه أن اللفظ أجنبى عنها.

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادئ الوجود الخارجى، كالكلام العنيف المؤثر فى اصفرار وجه الوجل. إلا أن هذا غريب عن إيجاد المعنى باللفظ فى نظام الوجود. كما يبعد عن إيجاد المعنى باللفظ ما هو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى فى عالم اللفظ. و وجه البعد: أن ذلك لا يختص بالجمل الإنشائيه. بل يعم الجمل الخبريه و المفردات أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۱

و أما الإيجاد الاعتبارى فإن كان المراد به وجوده فى نفس المتكلم فهو واضح الفساد، فان الاعتبار النفسانى من

أفعال النفس، و من المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج الى عالم الألفاظ أصلا و رأسا.

و إن كان المراد من الإيجاد الاعتبارى وجود المعنى فى اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الإنشاء و إن كان موضوعا لاعتبار العقلاء. إلا أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الإنشاء فى الخارج. و كلامنا فى تصوير حقيقته، سواء أ كان ذلك موردا لاعتبار العقلاء أو الشرع، أم لم يكن.

و على الجمله: إنا لا نعقل معنى محصلا لتعريف الإنشاء بإيجاد المعنى باللفظ، سواء فى ذلك الإيجاد الاعتبارى و الإيجاد الخارجى.

و التحقيق: أن الإنشاء إبراز الاعتبار النفسانى بمبرز خارجى. كما أن الخبر إبراز قصد الحكايه عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجى.

و السر فى ذلك أنا ذكرنا فى مبحث الوضع من مدخل علم الأصول: أن حقيقه الوضع هى التعهد و الالتزام النفسى بجعل لفظ خاص، أو هيئه خاصه مبرزا لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهيمه. و من البديهى أن هذا المعنى أمر اختيارى لكل من التزم بذلك و تعهد به. و الارتباط الحاصل بين الدال و المدلول أمر قهرى و منتزع من الالتزام المذكور.

و لا يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان و الذوق السليم، و الارتكاز العقلائى، و الفهم العرفى، و المعنى اللغوى، بديهه أن الوضع فى اللغه بمعنى الجعل و الإقرار و الإثبات و ما يراد منها من ألفاظ أيه لغه كانت. و عليه فالتزام المتكلم بابراز مقاصده- عند التفهيم- بالألفاظ الخاصه نوع من الوضع. و من هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين فى المحاكم العرفيه.

و على هذا النهج فكل من تعهد بابراز مقاصده بالألفاظ المتداوله بين أهل اللسان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص:

لتفهيم أمر تعلق به غرضه- فهو واضع حقيقه. نهايه الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الأول إنما هو لسبق زمانه، و قدم عهده. و لا- فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبريه و الجمل الإنشائيه، و غيرهما من الألفاظ المفرده و المركبه التى هى من الامارات الجعليه.

نعم تفترق الجمل الإنشائيه عن الجمل الخبريه بأن الجمل الإنشائيه إنما وضعت بهيئاتها الإنشائيه لابراز أمر ما من الأمور النفسانيه: و هذا الأمر النفسانى قد يكون اعتبارا من الاعتبارات، كما فى الأمر و النهى و العقود و الإيقاعات. و قد يكون صفه من الصفات، كما فى التمنى و الترجى. و لأجل ذلك أن الجمل الإنشائيه لا تتصف بالصدق تاره و بالكذب أخرى. إذ ليس فى مواردها خارج تطابقه النسبه الكلاميه، أو لا تطابقه.

و هذا بخلاف الجمل الخبريه، فإنها موضوعه لابراز قصد الحكايه عن الثبوت أو السلب. و عليه فالهيئات التركيبيه للجمل الخبريه أماره على قصد المتكلم للحكايه عن النسبه، و هذه الحكايه قد تطابق الواقع فتكون الجمله صادقه، و قد تخالفه فتكون كاذبه. و قد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدء بالصدق و الكذب- فى الجمل الخبريه- إنما هو الحكايه عن الواقع. و أما اتصاف الجمله الخبريه بهما إنما هو من قبيل وصف الشى ء بحال متعلقه.

و المتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ فى المعنى ليس إلا- إظهار المقاصد النفسانيه بمبرز خارجى سواء فى ذلك الجمل و غيرها. و إذن فالإنشاء من مصاديق استعمال اللفظ فى المعنى بلا ارتباط له بإيجاد المعنى باللفظ.

حقيقه البيع و تعريفه

لا يخفى على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاء ساذجا- و إن علم عدم تحقق الاعتبار النفسانى- و إلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و

الساهی و النائم و السکران و أمثالهم، و لا أنه صرف الاعتبار النفسانی- و إن لم یقترن به المظهر الخارجی-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۵۳

و إلا لصدق مفهوم البیع علی الاعتبار النفسانی المحض من دون إبرازه بمبرز خارجی.

و هو باطل بالضروره.

بل حقیقه البیع هی الاعتبار النفسانی المظهر بمظهر خارجی، سواء أ کان ذلک ممضی للشارع أو للعقلاء أم لم یکن کذلک. و علیه فإذا اعتبر أحد تبدیل ماله بمال غیره فی أفق نفسه، ثم أظهر ذلک بمبرز خارجی صدق علیه مفهوم البیع جزما. و کذلک الحال فی سائر الأمور الإنشائیه من العقود و الإیقاعات، و الأوامر و النواهی، فإن معنی الأمر- مثلا- لیس إنشاء خالصا، و لا اعتبارا ساذجا. بل هو الاعتبار النفسانی المظهر بمبرز خارجی.

و إذا اطلعت علی ما ذکرناه فی معنی الإنشاء، و لاحظت ما بیناه فی معنی المبادله «۱» جاز لک تعریف البیع بأنه إنشاء تبدیل شی ء من الأعیان بعوض فی جهه الإضافه. و لا یتوجه علیه لزوم أخذ الإنشاء فی المنشأ. کما سجله المصنف علی ما ذکره المحقق الثانی من أن البیع نقل العین بالصیغه المخصوصه. و ذلک لأن هذه المناقشه واضحه الدفع نقضا و حلا، و سیأتی قریبا.

قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه، و لا متشرعیه بل هو باق علی معناه العرفی).

أقول: قد عرف الفقهاء البیع بتعاریف شتی غیر ما ذکرناه:

۱- ما ذکره الشیخ فی المبسوط، و العلامه فی التذکره من أن البیع انتقال عین مملوکه من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی. و رماه المصنف الی التسامح الواضح، و لم یبین سره. و لعل الوجه فیه أن الانتقال أثر للبیع، فلا یسوغ

تعريف الشى ء بأثره. إلا على سبيل العنايه و المجاز.

و أضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع، كالتمليك و التبديل. و الانتقال

---

(١) قد عرفت ذلك مفصلا فى ص ٢٢.

صفه للعوضين، فلا وجه لتعريف البعض بذلك. نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازا، لأن ذلك من قبيل توصيف الشى ء بحال متعلقه [١].

٢- ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و ناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا وجه لتفسيره به. على أن البيع ينشأ باللفظ. و لا معنى لإنشاء الإيجاب و القبول باللفظ. و لكن هذه المناقشه متوجهه إلى تعريف المصنف أيضا، لأنه أخذ الإنشاء فى تعريف البيع.

و سيأتى قريبا. قيل:

إن اللفظ سبب و البيع مسبب. فيستحيل تعريف المسبب بسببه.

و يرد عليه: أن البيع ليس من الأمور التوليديه لكى يتسبب إليه بالألفاظ، و يضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسما للسبب دون المسبب.

٣- ما حكى عن المحقق الكركى فى جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغه المخصوصه.

و ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أنه إن كان غرض المحقق الثانى من هذا التعريف ان البيع نقل العين المنشأ بالصيغه المخصوصه فيرد عليه: أن النقل بنفسه و إن كان أمرا يمكن إنشاؤه بالصيغه. إلا أن النقل مقيدا بكونه منشأ بالصيغه غير قابل لتعلق الإنشاء به. و هو ظاهر.

و إن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع، و جعله

---

[١] ربما يناقش فى هذا التعريف بما ذكره فى الجواهر من أن البيع فعل، فلا يكون انتقالا. و فيه أن البيع و إن

كان من الفعل بمعناه اللغوى. إلا أنه أمر اعتبارى صرف. و من الواضح أن الأمور الاعتباريه غير داخله تحت مقوله الفعل بمعناها المصطلح المبائنه لمقوله الانفعال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۵

مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذى تكون الصيغه سببا له. لا أن يكون التقييد مأخوذا فى مفهوم البيع لكى يكون مدلول بعت نقلت بالصيغه، و إن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغه خصوص كلمه بعت فقد لزم منه الدور، إذ الغرض من التعريف معرفه ماده بعت، فلا يمكن تعريف تلك الماده بما يشمل عليها. و إن أراد من الصيغه ما هو الأعم من كلمه بعت وجب الاقتصار على مجرد النقل و التمليک. و الجواب عن ذلک:

أن لفظ البيع- على ما تقدم بيانه قريبا- لم يوضع للاعتبار النفسانى الصرف:

أعنى به اعتبار التبديل بين المالين. كما أنه لم يوضع لمجرد الإنشاء من دون أن يكون هناک اعتبار نفسانى. بل هو موضوع للاعتبار المبرز فى الخارج بمبرز ما. و هذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغه بعت من الألفاظ الكاشفه عن اعتبار التبديل بين العوض و المعوض. كذلک يمكن أن يتحقق بصيغه بعت.

و هذا نظير لفظ الاذن و الإجازه و غيرهما مما وضع لابراز الرضا النفسى بمبرز ما، فإنه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن. كذلک يمكن إبرازه بلفظ الإذن أيضا. فإذا قال: أذنت لک فى أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظه، و يكون ذلک مصداقا للإذن فى الخارج.

و على الجمله: لا- مانع من أن يكون البيع اسما للنقل بالصيغه المخصوصه. و معه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلک يمكن إنشاؤه أيضا بصيغه بعت.

و لا يفرق فى ذلك بين القول: بأن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ- كما هو المشهور- و بين القول:

بأنه إظهار ما فى النفس من الاعتبار، كما هو المختار عندنا.

و يضاف إلى ذلك: أن ما وجهه المصنف على المحقق الثانى يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل، و القذه بالقذه، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع- و سيأتى- بأنه إنشاء تمليك عين بمال و من الواضح أن إنشاء التمليك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغه المخصوصه.

نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران، و قد تعرض لهما المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۶

۱- أن لفظ النقل ليس مرادفا للبيع. بل هو من الكنايات. و قد ثبت فى محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائيه فى التعاريف.

۲- أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود، بداهه أن المعاطاه بيع عند المحقق الثانى، مع أنها لم تنشأ بالصيغه أصلا فضلا عن الصيغه المخصوصه.

۴- ما حكى عن الحلبى من أن البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن. و يرد عليه وجوه:

۱- أن العقد مركب من الإيجاب و القبول. و إذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب و القبول ۲- أن هذا التعريف لا يشمل البيع الفاسد، لأنه لا يقتضى استحقاق التصرف فى العوضين. مع أنه بيع جزما. و عليه فلا يكون جامعا لأفراد المحدود.

۳- أن التعريف المذكور مشتمل على الدور، لمكان ذكر المبيع فيه، بداهه أن الغرض منه معرفه ماده بعت. و من الواضح أن ذكر ما يقتطف منها فى تعريفها دور واضح ۵- ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تمليك عين بمال. و يتوجه عليه وجوه:

۱- أن لفظ العين يشمل الأعيان المتموله و غيرها. مع

أنه (ره) اعتبر الماليه فی العوضین. فلا یکون تعریفه هذا مانعا عن دخول الأغیار فی المحدود.

۲- أنه لو کان البیع إنشاء تملیک عین بمال لزم منه أن یکون التبدیل فیه فی الإضافه الملکیه فقط. و قد عرفت خلاف ذلک فیما تقدم «۱» و قلنا: إن البیع تبدیل شی ء بشی ء فی جهه الإضافه. لا فی الإضافه الملکیه و لا فی الإضافه المالیه.

۳- أنه لا دلیل علی اعتبار المالیه فی الثمن. و إنما المناط فی تحقق مفهوم البیع صدق عنوان المعاوضه علیه. و قد مرّ تفصیل ذلک فیما سبق «۲» کما اتضح لک ان الصحیح هو ما ذکرناه فی تعریف البیع من أنه إنشاء تبدیل عین بعوض فی جهه الإضافه.

---

(۱) ص ۲۳.

(۲) ص ۲۴.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۵۷

أوهام حول تعریف البیع

اشاره

قوله: (و لا یلزم علیه شی ء مما تقدم. نعم یبقی علیه أمور)

أقول: بعد ما عرف المصنف البیع بإنشاء تملیک عین بمال تصدی لذکر جمله من النقوض المتوجهه علی التعریف المزبور. و الجواب عنها. و یحسن بنا التعرض لتلک النقوض و أجوبتها تأسیا له (ره).

منها: ۱- أن تعریف البیع بإنشاء تملیک عین بمال موقوف علی جواز الإیجاب بلفظ ملکت. و إلا لم یکن التملیک مرادفا للبیع.

و قد أجاب عنه المصنف بصحه الإیجاب بلفظ ملکت، لأن التملیک بالعوض لیس معنی آخر غیر البیع. و قد صرّح بذلک أیضا فی البحث عن ألفاظ العقود. و سیأتی.

و التحقیق: أنه لا ریب فی جواز إنشاء البیع بلفظ ملکت. و لکن هذا بعید عن قضیه مرادفه التملیک للبیع. ضروره أنه ربما یتحقق مفهوم البیع و لا یکون هناک تملیک أصلا. و مثال ذلک: أنه إذا أوصی أحد بصرف ماله فی سبیل اللّه، و نص علی عدم صیرورته ملکا لأحد، فإنه إذا بیع المال المزبور- لکی یصرف ثمنه فی قربات اللّه- لم یقع التبدیل بین العوضین فی الإضافه الملکیه. بل فی إضافه أخری غیرها «۱».

و أضف إلی ذلک أن الإنشاء بصیغه ملکت إنما یصح فیما إذا کان المشتری أصیلا. و أما إذا کان فضولیا، أو أحد الأولیاء من قبل الأشخاص المحجورین فإنه لا یصح خطابه بلفظ ملکتک. بل لا بد حینئذ من إنشاء البیع بلفظ آخر غیر لفظ ملکت.

و من النقوض. ۲ أنه إذا كان البيع إنشاء تمليک عين بمال لم يشمل ذلک بيع الدين ممن هو عليه، إذ الإنسان لا يملک مالا على نفسه.

---

(۱) قد تقدم تفصيل ذلک فى ص ۲۳.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۵۸

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۸

و أجاب عنه المصنف بوجهين. و حاصل الوجه الأول: أنه يمكن أن يتملك الإنسان مالا على نفسه. و تكون نتيجته سقوط ذلك المال عن ذمته. و نظير ذلك:

أن يكون أحد مديونا لغيره دينارا و اشترى الدائن متاعا من المديون بدينار كلى فى الذمه فإن الدينارين يسقطان بالتهاتر.

و حاصل الوجه الثاني: أنه إذا لم يعقل تملك الإنسان لما فى ذمته لم يعقل بيعه أيضا، إذ ليس للبيع لغه و عرفا معنى غير المبادله و النقل و التمليك، و

ما يساويها من الألفاظ سواء أ كانت من اللغه العربيه أم كانت من غيرها و من هذه الناحيه قال فخر المحققين: (إن معنى بعت فى لغه العرب ملكت غيرى، فإذا لم يعقل ملكيه ما فى ذمه نفسه لم يعقل شى ء مما يساويها فلا يعقل البيع).

و التحقيق: أنه لا بأس بما ذكره فى الوجه الثانى. و أما الوجه الأول فيرد عليه أنه إذا صح ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثا صح ذلك بقاء أيضا، بديهه أن الموانع العقليه لا يفرق فيها بين الحدوث و البقاء. إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعى، كما فى شراء العمودين فإنه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكيه الآنيه حدوثا لا بقاء. و لكن هذا فيما إذا كان ملك الإنسان لما فى ذمته بالملكيه الاعتباريه لا بالملكيه الذاتيه.

و قد عرفت ذلك سابقا فى البحث عن أقسام الحقوق و ستعرفه قريبا عند الجواب عن النقض [۱].

---

[۱] قد أجاب المحقق النائينى عن النقض المذكور فى المتن و إليك نص مقرر بحثه: (فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه و إن كان صحيحا، إلا أن البيع لم يقع على ما فى الذمه بقيد كونه فى الذمه ليكون من قبيل مالكيه الشخص لما فى ذمته. و ذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه فى الخارج. و لا شبهه أنه يعتبر فى المبيع أن يكون من الأعيان الخارجيه بل يقع البيع على الكلى:-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۹

و التحقيق: أن مالكيه الإنسان لذمته أمر ذاتى تكوينى من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتبارى، بديهه أن الثبوت الاعتبارى إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى. و إلا لكان الاعتبار

لغوا محضا، و تحصيلا للحاصل.

و عليه فإذا ملك شخص شيئا فى ذمه غيره فقد ملكه بالملكيه الاعتباريه. و إذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدلت الملكيه الاعتباريه بالملكيه الذاتيه التكوينيه، لما عرفته من لغويه الثبوت الاعتبارى فى موارد الثبوت الحقيقى. و إذن فلا مجال

- و هو من الحنطه- مثلا- فيصير المشترى: أعنى المديون مالكا لذلك الكلى على البائع. و حيث إن البائع كان مالكا لمن من الحنطه على ذمه المديون: و هو المشترى فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشترى. فيوجب سقوط ذمه كليهما. و هذا و إن لم يكن من التهاتر حقيقه، إلا أنه أشبه شى ء به) منيه الطالب ج ١ ص ۴٣.

و يتوجه عليه: أن نتيجه ذلك البيع و إن كانت متحده مع نتيجه بيع الدين ممن هو عليه، إلا أن كلا منهما أجنبى عن الآخر، فان المبيع فى بيع الدين من غير من هو عليه هو بعينه المبيع فى بيع الدين ممن هو عليه، فكما أن المبيع فيما إذا كان المشترى غير من يكون الدين عليه إنما هو الكلى فى ذمه المديون. كذلك المبيع فيما إذا كان المشترى هو المديون.

و أما ما ذكره من أن الكلى المقيد بالذمه لا يقع عليه البيع، لأنه بهذا القيد لا يوجد فى الخارج فيتوجه عليه:

أن الكلى ما لم يضف إلى الخارج أو إلى ذمه شخص لا يتعلق به اعتبار الملكيه. و بما أن الكلى فى بيع الدين ممن هو عليه أو من غيره ليس هو الكلى الخارجى فلا مناص عن إضافته إلى الذمه. و لكن هذا الكلى غير مقيد بالذمه لكى يستحيل صدقه على الخارج. بل الذمه ظرف له: بمعنى

أن المطالب و الملزم بدفع الكلى هو المديون. و قد تقدم فى ص ۱۷ ما يوضحک معنى بيع الكلى فى الذمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۰

للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه باستحاله ملک الإنسان لما فى ذمته. كما لا مجال لتوهم سقوط ذلک بعد التملک. بل يوجب البيع تبدل الإضافه الاعتباريه بالإضافه الذاتيه. فالحجر الاساسى للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكيه الذاتيه بالملكيه الاعتباريه. و قد علمت الفارق بينهما.

و من النقوض: ۳- أن تعريف البيع بإنشاء التمليک إلخ يشمل التمليک بالمعاطاه.

مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاه ليست ببيع. بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلک. و إذن فينتقض ذلک التعريف بالمعاطاه.

و يرد عليه: أن المعاطاه بيع حقيقه لغه و عرفا. و أن غرض النافين إنما هو نفى الصحه أو اللزوم عن البيع المعاطاتى. و الذى يوضح ذلک أنه لا وجه لدعوى الإجماع على عدم كونها بيعا. لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفى و لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على أمثال ذلک. و إنما مورد الإجماع التعبدى هو المسأله الشرعيه و يضاف إلى ذلک أن جما غفيرا من أكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاه بيع صحيح. بل جمله من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعا لازما. و مع ذلک كيف يمكن دعوى الإجماع على عدم كونه بيعا

و من النقوض. ۴- انه إذا كان البيع إنشاء تمليک عين بمال انتقض منعه بالشراء،

فإن المشترى بقبوله للبيع يملک ماله بعوض المبيع.

و أجاب عنه المصنف و إليک نصه

(و فيه ان التمليک فيه ضمنى و انما حقيقته التملک بعوض. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تمليک العين بمال: أعنى المنفعه.

و لكنا لم نفهم معنى محصلا للتمليک الضمنى إذ يرد عليه أولا انه ان كان مراده من التمليک الضمنى التمليک التبعى: (بمعنى ان البائع يملک ماله للمشترى أولا و يملک المشترى ماله للبائع ثانيا) فيرد عليه: ان لازم ذلک ان ينعكس الأمر فيما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۱

تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليک من ناحيه المشترى أولا، و البيع من ناحيه البائع ثانيا.

و ان كان مراده من التمليک الضمنى: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقيه على تمليک المشترى ماله للبائع، سواء فى ذلک تقدم القبول على الإيجاب و عدمه،

ان كان مراده هـذا فيرد عليه: ان هذا يرجع الى جهه الدلاله، و مقام الإثبات. فلا يوجب فرقا بين التمليكين لبا، و فى مقام الثبوت، بداهه ان البيع تبديل شـى ء بشى ء فى جهه الإضافه. و من الضرورى أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر فى آن واحـد، و فى مرتبه واحـده. و عليه فلا يعقل وجود التمليک من ناحيه البائع إلا فى آن وجود التمليک من ناحيه المشترى.

و بتعبير آخر: أن البـائع إنمـا ينشـئ التبـديل بين الثمن و المثمن فى جهه الإضـافه فى مرتبه واحـده. نعم يشترط رضـا المشترى و قبوله لفعـل البـائع فى تحقق عنوان التبـديل، و نتيجه ذلـک: أن التمليكين (تمليـک البـائع و تمليک المشترى) يتحققان فى مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه فى المقام.

و أضف إلى ذلـک: أنـا سـلمنا كون التمليـک من نـاحيه البائع أصـليا اسـتقلاليا، و من ناحيه المشترى ضـمنيا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصره فى الأول. قيل:

ان مفهـوم الـبيع يوجـد بالإيجـاب السـاذج، و يتحقـق به التمليـک و التملـک فى عـالم الاعتبـار. و عليه فلاـ يبقى مجـال لتمليک المشترى لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلاـ شـأن للمشترى الاـ قبول الإيجـاب من البـائع و نسـبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول فى البيع منزله الإمضـاء فى المعاملاـت الفضوليه و فيه أن قبول الإيجـاب و ان كان شـرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثه أقسام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٢

١- أن يكون شرطا لإمضاء الشارع.

٢- أن يكون شرطا لإمضاء العقلاء.

٣- أن

يكون شرطا لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجودا و عدما. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بداهه انتفاء حقيقه البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشترى.

و من النقوض: ۵- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على تملك عين بمال

و يتوجه عليه وجوه:

۱- أن مفهوم الصلح هو التسالم، و يعبر عنه فى لغه الفارس بلفظ (سازش و سازكارى) و عليه فالمدلول المطابقى لكلمه الصلح انما هو إنشاء التسالم على أمر معلوم.

و من الظاهر أن هذا العنوان يغاير عناوين سائر العقود، إذ المنشأ فيها (أولا و بالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم، بديهه ان كل معامله و ان كانت لا تصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعامله. لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان. فكم فرق بين إنشاء الصلح، و بين معامله وقع التسالم عليها من الطرفين.

نعم ان نتيجه إنشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض، فتتحد مع نتيجه البيع. و قد تكون تمليك عين مجانا فتتحد مع نتيجه الهبه. و قد تكون تمليك منفعه بعوض فتتحد مع نتيجه الإجاره. و قد تكون تمليك منفعه مجانا، فتتحد مع نتيجه العاريه. و قد تكون نتيجه الصلح غير ذلك من الأمور: كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع، أو على إسقاط لحق الدعوى. و على كل حال لا يكون الصلح مصداقا للبيع، و لا لغيره من العقود.

و مما يدل على مغايره البيع و الصلح مفهوما هو أن الصلح- كما عرفته قريبا-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۳

التسالم. و من الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان. بل لا بد و أن يتعلق ذلك إما بالفعل- كالإسقاط و العفو

و التمليك و أشباهها- أو بالحكم الوضعى كالملكيه و نحوها. بخلاف البيع، فإنه تبديل شى ء من الأعيان بعوض «۱».

و من هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال: صالحتك عما علم بما علم. أو يقال: صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لى. بخلاف البيع، فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه، فيقال: بعتك المتاع الفلانى بكذا. فيستوضح من ذلك: أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر.

و على الجمله: إن مفهوم التسالم و إن صدق على جميع العقود حتى النكاح، إلا أن المنشأ فى كل عقد بدء غير ما هو المنشأ فى الصلح. و إذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح، لأنهما متغايران مفهوما [۱]

---

[۱] ذكر المصنف (ره): أنه (و قد يتعلق الصلح) بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه: صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير).

أقول: يمكن أن يكون نظره فى ذلك إلى حسنه الحلبى عن الصادق (ع) فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه و كان من المال دين (و فى التهذيب: و كان المال عينا و دينا، و لم يقل: و عليهما دين) و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطنى رأس المال. و لك الربح، و عليك التوى (الهلاك) فقال: لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرط يخالف كتاب اللّه فهو رد إلى كتاب اللّه عز و جل.

فروع الكافى ج ۱ ص ۴۰۳. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۲. و التهذيب ج ۲ ص ۱۶۸. و الوسائل ج ۲ باب ۴ من أبواب أحكام الصلح.

فان هذه الروايه لا تخلو عن الاشعار بنفوذ الصلح فى أمثال الموارد. و يمكن أن يكون نظره إلى

إطلاق ما دل على نفوذ الصلح بين المسلمين، كروايه حفص بن

---

(۱) قد تقدم تفصيل ذلک فی ص ۲۳.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۶۴

و من النقوض: ۶- أنه إذا کان البیع تملیک عین بمال انتقض طرده بالهبه المعوضه.

و التحقیق: أن الهبه على ثلاثه أقسام:

۱- أن تکون مجانیا من غیر أن تقابل بالعوض سواء أ کان ذلک بالاشتراط أم بإراده المتهب.

۲- أن لا یشترط الواهب عوضا فی هبته إلا أن المتهب یعطی العوض من تلقاء نفسه قضیه لمقابله الإحسان بالإحسان.

۳- أن یشترط الواهب عوضا فی هبته بأن یهب شیئا للمتهب و یشترط علیه فعلا من الافعال. و یسمى هذا هبه معوضه. و قد توهم انتقاض تعریف البیع بذلک.

و یتوجه علیه ما ذکره المصنف و توضیحه: أن حقیقه الهبه متقومه بتملیک الواهب ماله للمتهب تملیکا مجانیا من دون أن یعتبر العوض فی ماهیتها. نهایه الأمر أنه قد یشترط فیها العوض، فتسمّى هبه معوضه. و من الظاهر أن اشتراط العوض فیها لا یخرجها عن حقیقتها، إذ الشرط لیس عوضا للتملیک، و لا- بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط فی الهبه شأن سائر الشروط المشروطه فی بقیه العقود.

و الشاهد على صدق مقالنا: أنه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبه. بل یثبت للواهب خیار تخلف الشرط.

و یتضح ما ذکرناه وضوحا حلیا بملاحظه التعویض غیر المشروط فی ضمن الهبه الأولى الصادره من الواهب، بداهه أن التعویض الصادر من المتهب هبه أخرى غیر دخلیه فی حقیقه الهبه الأولى الصادره من الواهب. فیستکشف من ذلک أن حقیقه الهبه متقومه بالتملیک المجانی و هذا بخلاف البیع، فإنه متقوم باعتبار التبدیل بین العوض

- البختری الضعیف عن الصادق (ع) قال الصلح جائز بین المسلمین. و کمرسله الفقیه عن رسول اللّه (ص) الصلح جائز

بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۱. و الوسائل باب ۳ من أبواب أحكام الصلح.

و المعوض، و إظهاره بمبرز خارجى. و عليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط، أو بتمليك المشترى فقط [۱].

---

[۱] ربما يتوهم انتقاض التعريف بقسم آخر للهبه المعوضه الذى لم يتعرض له المصنف: و هو أن يهب الواهب ماله للمتهب على أن تكون داره- مثلا- للواهب بعنوان شرط النتيجه.

و لكنه أيضا أجنبى عن حد البيع، بداهه أن الدار و إن صارت ملكا للواهب بقبول المتهب الهبه. إلا أن ذلك من ناحيه الشرط دون العقد. و لذا لو فرض فساد الشرط- لعدم كون الدار ملكا للمشروط عليه، أو من جهه أخرى- لم تبطل الهبه بناء على ما هو المشهور بين الأصحاب من أن فساد الشرط لا يسرى إلى العقد. و هذا بخلاف البيع، فان العوض فيه يصير ملكا للبائع بنفس العقد. لا من قبل الشرط.

ثم إنه لا وجه لما ذكره المصنف (ره) من حصر تمليك العين بالعوض فى البيع.

و تحقيق ذلك فى نواحى شتى:

۱- ما أفاده المصنف من أنه لا معنى للرجوع إلى الأصل بعد انحصار التمليك بالعوض فى البيع، و عدم صدقه على غيره.

و فيه أن التمليك بالعوض غير منحصر فى البيع، بل له صنف آخر غير البيع، كتبديل عرض بعرض، أو نقد بنقد، أو منفعه بمنفعه من دون أن يجعل أحد العوضين ثمنا و الآخر مثمنا، فان ذلك خارج عن حدود البيع، و إنما هو قسم خاص من المعاملات المعاوضيه. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض. النساء ۴: ۳۳ ۲- أنه إذا وجدت معامله فى

الخارج و شك فى أنها بيع أو غيره حملت على البيع، لغلبته على سائر أفراد التمليك بالعوض، و قد حقق فى محله أن الظن يلحق الشى ء بالأعم الأغلب.

و فيه أنه لا دليل على حجيه الغلبه، و إذن فالظن الحاصل منها لا يغنى من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۶

ثم إنه ذكر السيد فى حاشيته قسمين آخرين للهبه غير ما تقدم:

۱- أن تقع الهبه فى مقابل الهبه، كما إذا قال الواهب:

ملكتك كذا بهبتك كذا، و يقصد بذلك وقوع الهبه بإزاء الهبه: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه و الفارق بين هذا القسم، و بين ما يشترط فيه العوض: أنه إذا لم يهب المتهب هنا بطلت الهبه الأولى، إذ المفروض أن كلا من التمليكين وقع فى مقابل الآخر. و من الظاهر أن مقتضى المقابله هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر. بخلافه هناك، فإن مخالفه الشرط فيه يوجب الخيار فقط.

و أما الفارق بينه و بين البيع فإن المقابله هنا بين الفعلين. بخلاف البيع فإن المقابله فيه بين العوضين.

۲- أن تقع المقابله بين المال و الهبه: بأن يقول الواهب ملكتك كذا بمقابل ما أعطيتنى. نظير أن يقول: أكرمتك بعوض ما أعطيتنى. و يقصد فى هذا القسم وقوع المال بإزاء الهبه: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه أيضا.

و السر فى أن هذا القسم من أقسام الهبه دون البيع: أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكى يكون ذلك من أفراد البيع، بل فى مقابل الفعل و هو التمليك. و أما المال فهو مجانى صرف و لم يقع بإزائه شى ء.

- الحق شيئا. و يضاف إلى ذلك أن بقيه أفراد التمليك بالعوض ليست بنادره. غايه الأمر

أن أفراد البيع أكثر. من غيرها.

٣- إذا أنشئ التمليك بالعوض بصيغه البيع، و احتملنا إراده المعنى المجازى من ذلك- كالصلح و الهبه المعوضه- حمل على البيع، لأصاله الحقيقه التى ثبتت حجيتها ببناء العقلاء، و إجماع العلماء، و سيره الرواه، و ديدن حمله الحديث.

و فيه أن الأصل بهذا المعنى و إن كان صحيحا، بل موردا للتسالم. و لكن الظاهر أنه ليس مراد القائل. كما هو واضح للمتأمل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٧

و التحقيق: أنا لا نعقل مقابله الهبه بالهبه أو بالمال مقابله معاوضيه بصيغه وهبته، لأن هذه الصيغه إنما تكفلت بإنشاء تمليك متعلقها (العين الموهوبه) للمتهب و مع ذلك يستحيل أن يتكفل بإنشاء تمليك نفسها له إلا بإنشاء آخر بأن يقول:

ملكتك هبتى لك كذا بهبتك إياى كذا.

و عليه فيكون كل من المتعاملين مالكا لعمل الآخر: أعنى به الهبه المذكوره فى العقد.

و من النقوض: ٧- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالقرض،

لأنه أيضا إنشاء تمليك عين بمال.

و أجاب عنه المصنف:

(بأن مفهومه ليس نفس المعاوضه بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمه، لا معاوضه للعين بهما).

و ناقش فيه المحقق الايروانى و إليك نصه «فإما هو مجرد تغيير للعباره مع، كون واقعه هو المعاوضه، أو هو غير معقول، فان التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمه إن كان بمعنى المقابله على أن يكون تمليكا بإزاء عوض فى الذمه فذلك هو الأول، فإنه تمليك بعوض فى الذمه. و إن كان لا بمعنى المقابله. بل كان التمليك مجانيا و قد اشترط فى تمليكه أن تكون الذمه مشغوله بحكم الشارع، كما تكون مشغوله فى موارد الضمانات فذلك هو الثانى).

و لكن هذه المناقشه غريبه عن مقصود المصنف، فان غرضه- على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمه

و سيأتى- أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره ضـمنه لمالكه بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و الشخصيه- سواء أ كانت تلك الخصوصـيات دخيله فى الماليه أم لا- بـديهه أن الثابت فى ذمه الضامن ابتداء إنما هو نفس العين. فيجب ردها إلى مالكها لقاعده ضمان اليد. و إذا تلفت العين وجب مثلها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٨

على الضـامن، لأـنه أقرب إلى التـالف و إن لم يوجـد مثلهـا وجب عليه أداء قيمتهـا، لاحتوائهـا على جميع مـا هو دخيل فى ماليه العين.

و على هـذا الضـو. فمعنى القرض هـو تمليـك المقرض مـاله للمقـترض على وجه ضـمان المثـل. و حينئـذ فيملـك الـدائن على المـديون أمرا كليـا منطبقا على كل فرد من الأفراد الخارجيه المساويه لما أخـذه من القرض فى الخصوصـيات النوعيه و الصـنفيه الدخيله فى الماليه. و أما الخصوصـيات الشخصـيه غير الدخيله فى الماليه فهى لا تدخل تحت الضمان لأن الإنسان إنما يستقرض شيئا لدفع حاجته به. فلزوم إبقائه على حاله نقض للغرض و عليه فليس للمقرض ان يجبر المقترض على رد العين المأخوذه قرضـا تمسـكا بـدليل ضـمان اليد، بداهه ان قاعده ضـمان اليد لا تجرى فى المقام، إذ المفروض ان يد المقترض لم تتعلق بمال غيره. و أما الضـمان بالاقدام فلا يترتب عليه أزيد مما ثبت فيه التعهد. و قد عرفت قريبا: أن العهده لم تثبت- فى باب القرض- إلا بالنسبه إلى ماليه العين المأخوذه قرضا، لا بالنسبه إلى خصوصياتها الشخصيه. فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع.

و يتضـح مـا ذكرنـاه جليـا بقيـاس القرض بـالغصب، إذ لاـ فـارق بينهمـا إلا من ناحيه أن المغصوب يضـمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و

الشخصيه و هذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضا غير مضمون بالخصوصيات الشخصيه كما عرفته قريبا. و على هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضا. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بأمور عديده.

١- أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه رباء المعاوضه مع أنه لا يجرى فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ۶۹

و أوضحه السيد فى حاشيته بما هذا نصه (لا يشترط فى تحقق الربا فيه (القرض) ما يعتبر فى تحققه فى سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد، و اشتراط كونهما من المكيل و الموزون. بل يحرم فيه الزياده مطلقا و إن لم يكونا من جنس واحد، كما فى قرض القيميات، و كذا إن كان معدودا أيضا هذا).

ثم ناقش فى ذلك و إليك لفظه: (و لكن يمكن أن يمنع دلاله ذلك على عدم كونه معاوضه و إن كان أصل المطلب حقا، لوضوح أن القرض تمليك بالضمان، لا بعوض. و ذلك لإمكان اختصاص بعض المعاوضات بسعه دائره الربا فيه لدليل خاص فتدبر).

و الظاهر: أن المصنف (ره) يريد من

قوله: (لا يجرى فيه رباء المعاوضه)

مطلبا آخر غير ما فهمه السيد منه. و هو: أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضه، و دفع نقد آخر منهما- حين الأداء- الذى يساوى القرض فى الماليه و إن زاد عليه فى المقدار لا يستلزم الربا و مثال ذلك: أن يقترض أحد من صاحبه ريالا عراقيا و يدفع عن بدله إلى المقرض أربعه دراهم. فان هذه الدراهم و إن كانت مساويه للرايات فى الماليه، و لكنها زائده عليها فى

المقدار. و مع ذلک لا یکون هذا رباء.

إلا إذا استلزم زیاده فی المالیه. و هذا بخلاف المعاملات المعاوضیه فإن شراء الریال الواحد بأربعه دراهم معامله ربویه قطعا.

و السر فی ذلک ما ذکرناه آنفا من ان معنی الفرض تملیک العین علی وجه ضمان المثل أو القیمه. و من البین ان هذا العنوان أمر کلی قابل الانطباق علی أفراده الخارجیه المساویه للعین المأخوذه قرضا فی المالیه و ان زادت علیها فی القدر. فیستکشف من ذلک ان باب القرض غریب عن باب المعاملات المعاوضیه. و الا لاتحدا فی الآثار.

قوله: (و لا الغرر المنفی فیها).

أقول: توضیح کلامه: أنه یجوز اقتراض شی ء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۷۰

مع الجهل بمقداره و أوصافه. و من الظاهر انه لو کان القرض من قبیل المعاملات المعاوضیه لاعتبر فیه العلم بالمقدار و الأوصاف، لنهی رسول اللّه (ص) عن بیع الغرر «۱» و علیه فلو أخذ المقرض قبضه من الدراهم المصبوبه بین یدیه، و أقرضها لشخص من غیر علم بمقدارها صح القرض. نعم لا بد للمقترض أن یعرف مقدار ذلک لکی یتمکن من الأداء. إلا أنه أجنبی عن حقیقه القرض و من هنا لا بأس باقتراض الطعام بصخره مجهوله، لإمکان الأداء بتلک الصخره و إن لم یعلم مقدارها إلی الأبد.

نعم ظاهر جمع من الفقهاء فی باب القرض وجوب العلم بمقدار القرض، و أنه لا یجوز الاقتراض بالکیل و الوزن المجهولین. و لکن ناقش فی ذلک بعض الأعاظم و نقل فیه القول بالجواز عن ظاهر جماعه آخرین بدعوی أن دلیل نفی الغرر مختص بالبیع. غایه الأمر أنه یجوز التعدی منه إلی مطلق المعاملات المعاوضیه، للقطع بعدم الخصوصیه للبیع، إذ المناط فی النهی عن بیع الغرر

إنما هو رفع النزاع، و قطع المرافعه.

و من البـديهى أن هـذا المناط موجود فى مطلق المعاملات المعاوضـيه، و أما القرض فلا دليل على اعتبار نفى الغرر فيه، و لا أنه من قبيل المعاملات المعاوضيه. لكى يعتبر فيه نفى الغرر من هذه الناحيه و إذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض.

و هـذه المناقشه فى غايه المتانه. و لكن يحسن بنا أن نقول: إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الـدليل على نفى الغرر بقول مطلق، لأنـا ذكرنـا سابقـا: أن الثـابت فى ذمه المقترض إنمـا هو مـاليه العين المأخوذه قرضا، سواء أ كانت تلك العين معلومه المقدار و الأوصاف، أم كانت مجهوله كذلك.

نعم يعتبر العلم بمقـدار القرض مقـدمه للأداء. و من الواضـح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضا. و إذن فما ذكره المصـنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين.

و قد اتضح لك من جميع ذلك انه لا يعتبر ذكر العوض أيضا فى القرض.

---

(۱) سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۳۸

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۱

بحث فى بعض معان البيع

اشاره

قوله: (و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان أخر غير ما ذكر).

أقول: لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقابيس. و ذكر السـيد فى حاشيته: أن (الظاهر انه الشيخ الكبير الشيخ جعفر فى شرح القواعـد). و مراده من غير ما ذكر غير ما ذكره هو (ره) و اختاره. و إلا فقد ذكر بعض هذه المعانى فيما تقدم. و إليك هذه المعانى التى تعرض لها المصنف:

۱- الإيجاب المتعقب بالقبول، و إليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول فى تعريف البيع المصـطلح، و لعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع، و لذا لا يطلق لفظ البائع

على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول.

٢- الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، و يظهر هذا من المبسوط و غيره.

٣- نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول. و إليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد.

المعنى الأول: إنشاء التمليك المتعقب بالقبول.

و قد ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أن الإيجاب المتعقب بالقبول من أفراد البيع. و إنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينه الخارجيه على ان المراد من الإيجاب إنما هو الإيجاب المثمر. و من الواضح ان الأثر لا يترتب إلا على الإيجاب المتعقب بالقبول، دون الإيجاب الساذج. و لو لا هذه القرينه لكان المقصود من لفظ البيع الإيجاب المحض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٢

و أضف الى ذلك أنه لم يقل أحد: أن تعقب الإيجاب بالقبول دخيل فى معنى البيع، و إن التزموا بكونه شرطا للانتقال الخارجى.

و الوجه فى ذلك: أن البيع و ما يساويه فى المعنى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا من قبيل الكسر و الانكسار، إذ كما ان الآمر قد يأمر بشى ء، و لا يكون ذلك واجبا فى الخارج، كذلك البائع، فإنه قد ينشئ البيع، و هو لا يوجد فى الخارج.

و هذا بخلاف الكسر و الانكسار، فإن أحدهما لا ينفك عن الآخر. و يتوجه على هذه المناقشه وجوه.

١- ما ذكره السيد فى حاشيته. و صفوته: أن كل تمليك إنشائى ليس ببيع بل المراد من البيع هو الإيجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر. و الدليل على ذلك هو التبادر. و صحه السلب. و من هنا لو أخبر أحد عن بيع داره، مع انه لم يتحقق فى الخارج إلا الإيجاب الساذج من دون ان يقبله المشترى لكان كاذبا فى اخباره. كما أنه إذا

أخبر عن بيع داره. و أخبر أيضا عن عدم قبول المشتری ذلک کان مناقضا فی کلامه. و هذا بخلاف ما إذا أخبر عن البيع ثم أخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فإنه لا يعد مناقضا فی اخباره، و قد يتوهم ان ذلک من ناحيه الانصراف و لکنه توهم فاسد، إذ لو صح هذا لجری مثله عند فقدان سائر الشرائط أيضا. مع انه لو تحقق البيع بإيجابه و قبوله، و لکن کان فاقدا لبعض شرائط الصحه لصدق عليه مفهوم البيع قطعا.

و أضف الی ذلک: ان البيع من قبيل العقود، و من البين الذی لا ريب فيه انه لو کان الإيجاب الصرف بيعا من دون تعقبه بالقبول للزم منه ان يکون البيع من الإيقاعات، لا من العقود، و هو بديهی البطلان.

و علی الجمله: إن قوام العقود برمتها بالإيجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۷۳

أی عقد من العقود بالإيجاب الساذج. سواء أ کان هذا الإيجاب متوجها إلی قابل شاعر، و لکنه لم يقبله، أم کان متوجها إلی جسم غير شاعر، کالجدار و نحوه.

۲- أنه لا وجه صحيح لتفرقه المصنف بين الإيجاب و الوجوب، و بين الکسر و الانکسار، بديهه أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحدانی لا تعدد فيه بوجه، و إنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط. کالإيجاد و الوجود، فإنهما شی ء واحد.

غايه الأمر أن هذا الشی ء الواحد بالنسبه إلی جهه الإصدار يسمی إيجادا، و بالنسبه إلی جهه الصدور يسمی وجودا. و کذا الحال فی التمليک و الملک. و الإيجار و الإجاره.

و الإيجاب و الوجوب. و الکسر و الانکسار. و أشباه ذلک.

و دعوی أن الوجوب ينفک عن الإيجاب. و لکن الکسر

لا ینفک عن الانکسار دعوی جزافیه، إذ الإیجاب أیضا لا ینفک عن الوجوب. إلا أن عـدم انفکاک أحـدهما عن الآخر فی نظر الآمر فقط، لا فی الخارج، و فی جمیع الأنظار.

٣- أن البیع «١» إنشـاء تبـدیل عین بعوض فی جهه الإضـافه. و من الظـاهر أن هـذا المعنی لا یتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول. و علیه فلا یوجد مفهوم البیع بالإیجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر، أو علی سبیل القضیه الحینیه.

و إذن فینحل البیع فی الحقیقه إلی قضـیه شـرطیه أو حینیه. فمعنی قول البائع بعت المتاع الفلانی من زید: أنه بعته إیاه إن قبله، أو حین قبوله.

و قد یتوهم أن ذلک یرجع إلی التعلیق و هو مبطل للعقود بالضروره.

و لکن هذا التوهم بدیهی الفساد، لأن بطلان العقود بالتعلیق لیس من ناحیه الاسـتحاله العقلیه لکی لا یقبل التقیید، أو التخصیص. بل إنما هو من ناحیه الإجماع.

و من الظـاهر أن الإجمـاع دلیـل لبی فلاـ یؤخـذ منه إلاـ بالمقـدار المتیقن. و القـدر المتیقن هنـا مـا یکون التعلیق فیه علی الأـمور الخارجه عن صمیم العقد و مفهومه.

---

(١) قد تقدم ذلک فی ص ۵٣.

و یضاف إلی ذلک أن العقود المتعارفه لا تخلو عن مثل هذا التعلیق.

و المفروض أنها ممضاه للشارع.

فیستوضح من ذلک أن التعلیق المذکور لا یضر بالعقود فی نظر الشارع.

و بتعبیر آخر أن البیع له أربعه أقسام:

١- الإنشاء الساذج من غیر أن ینضم إلیه القبول. و لا شبهه فی أن هذا لا یسمی بیعا حتی فی نظر الموجب فلا یترتب علیه أی أثر من آثار البیع.

٢- الإیجاب و القبول من غیر أن یلحق بهما الإمضاء من العرف أو الشرع فان ذلک یسمی

بیعا فی نظر کل من الموجب و القابل، و لا یسمی بیعا عند العرف و الشرع.

۳- الإیجاب و القبول مع کونهما موردا لإمضاء أهل العرف دون الشرع.

کبیع ما لا یصح بیعه شرعا، نظیر المیته و الخمر و الخنزیر و أشباهها، فإن هذا یعد بیعا فی نظر المتبایعین و أهل العرف دون الشرع.

۴- الإیجاب و القبول مع التحاق الإمضاء من أهل العرف و الشرع بهما.

و لا شک فی أن هذا بیع بالحمل الشائع فی جمیع الانظار. و قد اتضح لک مما بیناه أنه لا یوجد البیع فی أی وعاء من الأوعیه بالإیجاب الخالص. و من هنا لا یطلق البائع علی من أوجب البیع، و لم یتعقب ذلک بالقبول. و کذلک الحال فی سائر العقود برمتها.

قوله: (و کذلک لفظ النقل و الابدال و التملیک و شبهها. مع أنه لم یقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فی معناها).

أقول: حاصل کلامه: أن شأن البیع شأن النقل و الابدال و التملیک، فکما لا یعتبر فی صدق مفاهیم تلک الکلمات قید التعقب بالقبول کذلک لا یعتبر ذلک أیضا فی صدق مفهوم البیع.

و فیه أنک قد عرفت قریبا: أن اعتبار القبول فی مفهوم البیع أمر واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۷۵

بل هو کالنور علی المنار. و علیه فلا وجه لقیاسه بما لا یعتبر فی مفهومه قید التعقب بالقبول.

و أما النقل فهو موضوع لمفهوم عام: و هو کل ما صدق علیه عنوان النقل، سواء أ کان ذلک نقلا خارجیا کنقل شی ء من مکان إلی مکان آخر، أم کان نقلا اعتباریا و من هنا تطلق کلمه الناقله علی آله النقل. کالحموله و السفن و السیارات و الطیارات و غیرها. و من الواضح

جدا أنه لا- يعتبر قيد التعقب بالقبول فى هذا المفهوم الوسيع. و من هنا ظهر لک أنه لا وجه لقياس البيع بكلمه الإبدال أيضا، ضروره أن المبادله أعم من المبادله الخارجيه، و من المبادله الاعتباريه. كما أن المبادله الاعتباريه أعم من البيع و غيره «۱».

و أما التمليك فإن النسبه بينه و بين البيع هى العموم من وجه، إذ قد يوجد التمليك و لا يصدق عليه مفهوم البيع، كما فى الهبه، و الوصيه، و الإرث، و تمليك اللّه سبحانه الزكاه للفقراء و الخمس لبنى هاشم، و غير ذلك. و قد يوجد البيع و لا يكون هناك تمليك. كبيع المتاع بسهم سبيل اللّه من الزكاه فإن هذا بيع و ليس فيه تمليك من ناحيه البائع «۲» و قد يجتمعان و هو كثير.

و إذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول فى مفهوم كل من النقل و الابدال و التمليك لا يلازم عدم اعتباره فى مفهوم البيع الذى هو أخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا، أو من وجه.

المعنى الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال.

و التحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكيه بنظر العرف و الشرع فلا شبهه أن ذلک متأخر عن البيع تأخرا رتبيا- و إن أخذ البيع بمعنى المبيعه- لأن نسبه

---

(۱) تقدم ذلک فى ص ۹.

(۲) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال فى ص ۲۳.

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبه الموضوع إلى حكمه، و من البديهى أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدما رتبيا.

و على هذا فاستعمال كلمه البيع فى الانتقال من الأغلاط الواضحه، و معه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال و إن أريد من الانتقال اعتبار الملكيه بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلک، لأن الانتقال متحد

مع البيع وجودا- لما عرفت قريبا من اتحاد الإيجاد و الوجود- و إن تغايرا اعتبارا. و لكنه ليس معنى آخر يغاير المعنى الأول.

المعنى الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.

أقول: قد حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه:

(الظاهر اتفاقهم على إراده هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجاره و شبهها التى ليست هى فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد).

و يتوجه على ذلك.

أنا لم نجد موردا يستعمل فيه لفظ البيع و غيره فى الإيجاب و القبول و إذن فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكوره فى طليعه عناوين المعاملات على ذلك. بل إن ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفى العقد. و هو الإيجاب.

و أما الإجاره و الوكاله فلا يبعد أن تكونا أيضا من أسماء فعل الموجب:

أما الإجاره فلأنها بمعنى الأجر. و الأجر قد يستعمل و يراد به الجزاء و الأجره.

و قد يستعمل مصدرا من أجر: بمعنى أكرى. بداهه أن أجر مجردا قد يستعمل بمعنى آجر- كما فى القاموس و مجمع البحرين- و على ذلك فالإجاره تكون مصدرا لأجر، كالكتابه التى هى مصدر لكتب.

و أما الوكاله فهى أيضا فعل الموجب، كالتوكيل، لأن الأفعال المجرده و المزيد فيها و إن اختلفت بالاعتبار، لكنها متحده وجودا.

و السر فى ذلك: أن نسبه المصادر المجرده إلى المصادر المزيد فيها نسبه الوجود إلى الإيجاد. فكما أن الوجود و الإيجاد متحدان حقيقه، و مختلفان اعتبارا. كذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۷

المصادر المجرده. و المصادر المزيد فيها و على هذا فاستعمال لفظ التوكيل فى الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهه الصدور. و استعمال لفظ الوكاله فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل.

و قد يستدل على صحه استعمال لفظ الإجاره فى الإيجار بقوله (تعالى) فى

التحدث عن قصه تزویج موسی (ع) من بنت شعیب (ع) (قٰالَ: إِنِّی أُرِیدُ أَنْ أُنْکِحَکَ إِحْدَی ابْنَتَیَّ هٰاتَیْنِ عَلیٰ أَنْ تَأْجُرَنِی ثَمٰانِیَ حِجَجٍ) «۱».

و وجه الاستدلال: أن معنی الآیه هو أن تأجرنی نفسک.

و لکن هـذا الاسـتدلال فاسـد، لأن کلمه أن تأجرنی فی الآیه الکریمه مسـتعمله فی معنی الجزاء و الثواب. أو أن المراد من ذلک أن تکون أجیرا لی- علی سبیل شرط النتیجه- و هذا الأخیر قد ذکر فی مجمع البحرین و لسان العرب.

ثم إنه قد نسب المصنف إلی الشهید الثانی- و إن لم تثبت النسبه- أن إطلاق لفظ البیع علی العقد مجاز لعلاقه السببیه.

ثم وجه کلامه، و حاصل توجیهه: أنه لیس مراد الشـهید من المسبب النقـل الحاصـل من الإیجاب الصـرف، لأنه حاصل بنفس الإنشاء من دون توقفه علی القبول، کما أن وجوب الضرب یتحقق فی نظر الآمر بالأمر فقط و إن لم یصر واجبا فی نظر غیره.

بل مراد الشـهید الثانی من المسـبب إنما هو الأثر الحاصل من العقد فی نظر الشارع: و هو النقل و الانتقال و من الواضح أن ذلک لا یحصل إلا بالعقد المرکب من الإیجاب و القبول. و علیه فاسـتعمال لفظ البیع- الذی وضع للمسـبب- فی نفس السـبب إنما هو بعلاقه السببیه و المسببیه. و حینئذ فإضافه العقد إلی البیع بمعنی الأثر الحاصل من

---

(۱) القصص ۲۸. الآیه: ۲۷.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۷۸

العقد إضافه لامیه. و من قبیل إضافه السبب إلی المسبب-: أی عقد للبیع- لا إضافه بیانیه.

و علی هذا التوجیه فیتوجه علی الشـهید الثانی ما وجهه المصـنف علی المعنی الثانی المتقدم من أن البیع بمعنی الانتقال لم یوجد فی اللغه، و لا فی العرف، و إنما وقع ذلک

فی تعریف جماعه تبعا للمبسوط.

و یرد علی المصنف أیضا: أن معنی البیع لیس هو الأثر الحاصل منه فی نظر الشارع: أعنی به الانتقال لکی یصح إطلاقه علی سببه مجازا. بل ذلک الأثر حکم من أحکام البیع. و من الظاهر أنه لا یصح إطلاق البیع علی حکمه و لو إطلاقا مجازیا بل معنی البیع کما عرفت هو الاعتبار النفسانی المبرز بمبرز خارجی «۱».

نعم لو ثبت هذا الإطلاق لأمکن تصحیحه بما اشتهر بین العلماء من أن الإنشاء إیجاد المعنی باللفظ، فإنه علی هذا یتسبب البائع بالإیجاب و القبول إلی إیجاد البیع. و حینئذ فإطلاق کلمه البیع علی الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول- و هو الانتقال- من قبیل إطلاق السبب علی المسبب، لعلاقه السببیه و قد عرفت بطلان ذلک آنفا.

و أما ما نسب إلی الشهید الثانی (ره) من صحه إطلاق البیع علی العقد المرکب من الإیجاب و القبول فلم نجده فی لغه، و لا فی عرف بل إراده هذا المعنی من العناوین المذکوره فی طلیعه أبواب المعاملات غلط واضح. إذ لا معنی لان یراد من قول الفقهاء:

کتاب البیع- مثلا- کتاب الإیجاب و القبول.

و الذی یحسن بنا أن نفهمه: أنه إذا صح إطلاق کلمه البیع علی الإیجاب و القبول کان ذلک من ناحیه أخری. و تحقیق ذلک: أنه قد یطلق البیع، و یراد به ما ذکرناه

---

(۱) قد تقدم ذلک فی ص ۵۳.

سابقا من أنه إنشاء تبدیل شی ء من الأعیان بعوض. و قد عرفت فیما تقدم: أن البیع بهذا المعنی هو الإیجاب الساذج المتعقب بالقبول. کما أن الأمر کذلک فی سائر العقود برمتها «۱».

و قد یطلق البیع و یراد به المعاهده الخاصه

الحاصله بين المتبايعين. و لعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول. و إليه ينظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من أنه لزم البيع، أو وجب، أو لا بيع. و هو الـذى يفرض له البقاء و يتعلق به الفسخ و الإمضاء. و ترد عليه الشروط و الاحكام. و إذن فيمكن أن يقال: انه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع فى العقد الذى هو سبب للبيع. بل كل ما يتوهم كونه من هـذا القبيل- كقولهم كتاب البيع، أو عقد البيع- فهو مستعمل فى المعاهده الخاصه. و حينئذ فإضافه العقد إلى البيع من قبيل الإضافه البيانيه، لا الإضافه اللاميه.

و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحه، لا من الاستعمالات المجازيه.

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله: (ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من لك).

أقول: يقع البحث هنا فى ناحيتين:

١- أن ألفاظ المعاملات هل هى موضوعه للصحيح، أم للأعم منه و من الفاسد.؟

٢- أنه إذا قلنا بأنها موضوعه للصحيح فما هو الفارق بين العبادات، و بين

---

(١) تقدم فى ص ٧٢.

المعاملات، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالإطلاق فى الأولى، و يتمسكون به فى الثانيه؟.

الناحيه الأولى: أنه ذكر الشهيد الثانى (ره) فى كتاب الايمان من المسالك:

(أن إطلاق البيع و غيره من العقود حقيقه فى الصحيح مجاز فى غيره، لوجود خواص الحقيقه و المجاز فيهما. كمبادره المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره. و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إراده الفاسد لم يسمع إجماعا. و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما،

كغيره من الألفاظ المشتركه و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقه).

و قد نوقش فى ذلک بأن مفهوم البيع أمر عرفى، و هو الذى يمضيه الشارع تاره، و يرده أخرى. و عليه فلا يعقل أخذ الصحه الشرعيه فى مفهومه، إلا على القول بالحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العقود، و هو بديهى البطلان، إذ على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العبادات فلا وجه لثبوتها فى ألفاظ المعاملات، و إنما هى موضوعه للمفاهيم العرفيه التى أمضاها الشارع تاره، و ردها اخرى. و تفصيل الكلام فى محله.

و أجاب المصنف عن هذه المناقشه، و حاصل كلامه: أنه يمكن أن يوضع لفظ البيع- مثلا- لما هو المؤثر فى الملكيه واقعا، و يكون الإمضاء من الشرع، أو العرف طريقا إلى ذلک نعم قد حكم الشارع- فى بعض الموارد- بعدم حصول الملكيه إلا أن ذلک من ناحيه تخطئه الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاه بين أن يكون البيع مفهوما عرفيا، و بين أن يكون موضوعا لخصوص الحصه الصحيحه.

و على الجمله: إن البيع بمعنى الاسم المصدرى حقيقه فيما هو المؤثر فى الملكيه واقعا.

و من الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه فى المفاهيم العرفيه.

و يرد على المصنف: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه الخالصه، لا من الأمور التكوينيه الواقعيه. و من الظاهر أن الأمور الاعتباريه تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض. و عليه فلا نتصور التخطئه فى الملكيه: بأن يوجد مورد توجد

فيه الملكيه، و لم يلتفت إليها أهل العرف، و إنما يكشف عنها الشارع تخطئه للعرف و على هذا المنهج فإذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر فى

الملكيه فإن كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائی، أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعی فلا بد من الالتزام بوضع البیع للأعم، و لما هو المؤثر فی الجمله و لو کان بعض أفراده غیر مؤثر شرعا، کالبیع الربوی- مثلا- لأن ألفاظ العقود- علی هذا المسلک- موضوعه للطبیعه الکلیه، دون خصوص المؤثر شرعا.

و إن کان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعی فلا بد من القول بالحقیقه الشرعیه فی ألفاظ العقود. و حینئذ فیعود المحذور المتقدم: أعنی به أخذ الصحه الشرعیه فی المفهوم العرفی.

نعم یمکن الالتزام بجواز التخطئه فی نفس الاعتبار، إذ الاعتبار لا بد و أن یکون ناشئا من المصلحه الواقعیه الداعیه إلیه فإذا اعتبر العقلاء ملکیه شی ء- کالخمر و الخنزیر و المیته- مع عدم وجود مصلحه فی ذلک، و حکم الشارع بعدم الملکیه هنا کشفنا عن خطاء العقلاء فی اعتبارهم. و بهذا یصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحیح بأن یوضع لفظ البیع- مثلا- لما هو المؤثر فی الملکیه الناشئ اعتبارها من منشأ صحیح و حینئذ فیکون عدم إمضاء الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطئه. و المتحصل مما ذکرناه: أن ألفاظ العقود موضوعه للأعم من الصحیح و الفاسد، لا للصحیح فقط.

التمسک بالإطلاق فی المعاملات

قوله: (و أما وجه تمسک العلماء بإطلاق أدله البیع و نحوه).

أقول: قبل بیان التمسک بإطلاق أدله المعاملات یحسن بنا أن نبین أمرا: و هو أن التمسک بالإطلاق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۸۲

یتوقف علی إحراز انطباق الطبیعه- التی أخذت فی موضوع الحکم، أو متعلقه- علی الفرد المشکوک فیه بحیث یتمحض الشک فی شمول الحکم للفرد المشکوک فیه.

و أما لو کان الشک فی أصل الصدق فإنه لا یجوز معه التمسک

بالإطلاق. و هذا واضح لا شك فيه.

و أيضا يتوقف التمسك بالإطلاق على أن يكون المتكلم فى مقام البيان، و لو فرض أنه كان فى مقام الإهمال و الاجمال لم يجز التمسک بالإطلاق. و ليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم فى مقام البيان أن يكون فى مقام بيان الأجزاء و الشرائط للمأمور به.

بل المراد به أن يكون فى مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلى، أو متعلقه: كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فأعتق رقبه مؤمنه، أو قال: أحل اللّه البيع، إذ لو كان المولى فى مقام بيان الاجزاء و الشرائط كما فى روايه حماد الوارده فى مقام بيان ماهيه الصلاه «۱»، فإنه لا شبهه و لا كلام فى جواز التمسک بالإطلاق لنفى ما تحتمل جزئيته أو شرطيته. و لكن هذا إطلاق أحوالى، لا إطلاق لفظى الذى هو مورد بحثنا.

و بعد هذا التمهيد أنا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد فلا ريب فى جواز التمسک بالإطلاقات الوارده فى إمضاء المعاملات، و نفى ما يحتمل دخله فى صحتها. و إذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا يجوز التمسک بتلك الإطلاقات فى الموارد المشكوكه، و ذلك من جهه الشك فى الانطباق، و عدم إحراز صدق عنوان البيع- مثلا- على ما يكون فاقدا لما يحتمل كونه جزءا أو شرطا.

و قد انجلى لک مما بيناه ضعف ما أفاده السيد فى حاشيته، و حاصله: أنه كلما صح التمسک بالإطلاق فى مورد من المعاملات على الأعمى صح التمسک به فى ذلک على الصحيحى أيضا، بداهه أنه ليس الموضوع له عند الصحيحى عنوان الصحيح، بل ما يكون جامعا للشرائط الشرعيه حسب ما يستفاد من الأدله.

---

(۱) الوافى

ج ۵ ص ۱۲۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۳

و عليه فكل دليل ورد فى بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمه أو غيرهما فإنه لا يصح التمسک بإطلاقه على كلا القولين. لعدم كون المتكلم فى مقام البيان من غير الجهه المزبوره. و كل دليل ورد فى بيان ماهيه الواجب من الأجزاء و الشرائط فإنه يجوز التمسک بإطلاقه، لكون المتكلم فى مقام البيان. و هذا هو الحجر الأساسى فى بيان الفارق بين التمسک بالإطلاق و عدمه.

و وجه الضعف: أن ما ذكره السيد و إن كان متينا فى مورده، لأنه لا يصح التمسک بالإطلاق مع عدم كون المتكلم فى مقام البيان مطلقا، كما أنه إذا كان فى مقام بيان أجزاء الماهيه و شرائطها صح التمسک بالإطلاق كذلک. إلا أنه راجع إلى الإطلاق المقامى. و من الواضح أن ذلک خارج عن الإطلاق اللفظىّ الذى يصح معه التمسک بالإطلاق على الأعمى، و قد وقع الإشكال فى التمسک به على الصحيحى.

ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلى إمكان التمسک بالإطلاق على الصحيحى بنحوين:

۱- الإطلاق المقامى. و توضيحه: أن لفظ البيع- مثلا- و إن كان اسما للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذى يراه الشارع مؤثرا فى الملكيه، إلا أنه لم يبين أسباب تلک المسببات التى أمضاها بالعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و لزومها. و عليه فيدور الأمر بين القول بأن المولى قد أهمل تلک العمومات و المطلقات. و بين القول بأنها ناظره إلى إمضاء الأسباب العرفيه للمعاملات. و إذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثرا عند الشرع أيضا. و من الواضح الذى لا ريب فيه أن الدلاله الاقتضائيه، و صيانه كلام الشارع عن اللغويه تقتضى الثانى.

و هذا هو الفارق

بين العبادات و المعاملات، لأن العبادات ماهيات جعليه، و حقائق غير مغروسه فى أذهان أهل العرف لكى نستكشف من إطلاق كلام الشارع موافقته للمفاهيم العرفيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۴

و لا يخفى على الناقد البصير أن المراد من التمسک بالإطلاق هو هذا المعنى دون الإطلاق اللفظى لكى يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذى هو من جمله مقدمات التمسک بالإطلاق. و الجواب عن ذلک:

أن التمسک بالإطلاق المقامى إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنه، و إلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغويه من الإهمال. و من البين أن مقامنا من هذا القبيل، لأنا كشفنا من مذاق الشارع كشفا قطعيا- و لو من غير ناحيه الإطلاقات الوارده فى إمضاء العقود- أن بعض ما هو سبب للبيع عرفا مؤثر فى الملكيه جزما، و إذن فلا يبقى مجال للتمسک بالإطلاق المقامى صيانه لكلام الشارع عن اللغويه.

۲- أن تحمل المطلقات الوارده فى مقام إمضاء البيع على المعنى المصدرى الذى يراد من لفظ بعت، و حينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقا على أن ما هو بيع بالمعنى المصدرى عند العرف مؤثر عند الشارع أيضا.

و يتوجه عليه أن هذا النحو من التمسک بالإطلاق و إن كان صحيحا. و لكنه عباره أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم، بداهه أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدرى أعم من الصحيح و الفاسد، و عليه فلا محذور لنا فى التمسک بإطلاقات المعاملات فى الموارد المشكوكه.

و التحقيق: أن لفظ البيع ليس اسما للسبب، و لا أنه اسم للمسبب، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى «۱» و إذن فلا مانع عن التمسک

بالإطلاقات و العمومات الـداله على صـحه البيع و لزومه. و على هـذا فلا مناص لنا عن الالتزام بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد.

و لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى سائر العقود، بل الإيقاعات أيضا.

---

(۱) قد تقدم تفصيله فى ص ۵۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۵

و مع الإغضـاء عمـا ذكرنـاه: و القول بوضع ألفـاظ المعاملات لخصوص الصـحيح أمكن لنـا إثبات الصـحه و اللزوم فى الموارد المشكوكه بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ «۱» ضـروره أن البيع و إن كان حقيقه فى الصحيح الشرعى. و لكن المراد من البيع الذى تعلق به الحـل فى الآـيه الكريمه إنمـا هو البيع الإنشـائى، إذ الظـاهر من إحلاـل البيع إنمـا هو إمضـاؤه المولوى- كمـا هو الظهور الابتـدائى أيضـا من أدله سـائر الأحكـام- و من الواضـح أنه لو كـان المراد من البيع هو البيع الشـرعى لكـان ذلـك الإمضـاء لغوا محضـا، و تحصـيلا للحاصل، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآيه أحل اللّه البيع الممضـى. الا أن يلتزم بكون الآيه إرشادا إلى البيع الصـحيح و لكن ذلـك مخـالف لظاهرهـا. بـل لاـ معنى لحملها على الإرشاد، إذ المفروض أن انكشاف صـحه البيع و نفوذه عند الشارع انما هو بهذه الآيه. و من البين أن حملها على الإرشاد يقتضى أن يكون إمضاؤه بغيرها و هو خلف ظاهر.

و قـد اتضـح لـك ممـا ذكرنـاه جواز التمسـك بإطلاق قوله (ع): و المسـلمون عنـد شـروطهم «۲» على صـحه الـبيع فى المـوارد المشـكوكه مع القول بوضع ألفاظ العقود للصـحيح بـدعوى أن مقتضـى الإسـلام انما هو وفاء المسـلم بشـرطه. و من البديهى أن الحديث بهذا المعنى إمضاء تشريعى للشروط المتعارفه. و حكم مولوى بلزوم العمل بها

و انهائها و إتمامها.

[الكلام فی المعاطاه]

المعاطاه و حقیقتها

قوله: (اعلم أن المعاطاه علی ما فسره جماعه: أن یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الآخر).

---

(۱) سوره البقره الآیه ۲۷۴

(۲) راجع الوافی ج ۱۰ باب ۸۰ ص ۶۸

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۸۶

أقول: [۱] لما کان تنقیح البحث فی المعاطاه و بیان مورد الأقوال فیها متوقفا علی بیان ما نتصور به حقیقتها تصدی المصنف بدءا لبیان ذلک ثم عقبه بذکر الأقوال فیها و حاصل کلامه: أن المعاطاه تتصور علی وجهین:

۱- أن یبیح کل من المتعاطیین للآخر التصرف فیما یعطیه إیاه من دون نظر الی تملیکه.

۲- أن یتعاطیا علی وجه التملیک و التملک، لا بعنوان الإباحه المحضه، و قد ذکر بعضهم فی تصویر ذلک وجهین آخرین:

۱- أن یتعاط کل من المتعاطیین بغیر قصد البیع، و لا التصریح بالإباحه، بل یعطی أی منهما شیئا لیتناول شیئا آخر.

۲- أن یقصد کل منهما الملک المطلق، لا البیع فقط، و لا الإباحه الخالصه.

و یتوجه علی الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطیین لیس من الأفعال غیر الاختیاریه- کحرکه المرتعش- لکی یکون ذلک خالیا عن القصد و الإراده.

و انما هو فعل اختیاری صادر من فاعله بالإراده و الاختیار. و علیه فإذا قصد کل من المتعاطیین- من إعطائه ماله لصاحبه- خصوص اباحه التصرف کان ذلک اباحه

---

[۱] لم یرد عنوان المعاطاه فی آیه و لا روایه و لا فی معقد إجماع، بل إنما عبر بذلک جمع من الفقهاء عما تداول بین الناس من المعامله الخاصه الفاقده للصیغه التی تسمی بالمعامله المعاطاتیه.

ثم إن البحث هنا یقع تاره فی صدق مفهوم البیع علی المعاطاه، و أخری فی کونها مشموله للأدله الداله علی صحه البیع و نفوذه.

لا- يخفى على الفطن العارف أن تحرير البحث على هذا النهج أحسن و أضبط. و لكن الفقهاء رضوان اللّه عليهم قد أغفلوا ذلك، و سلكوا مسلكا آخر فى تحرير البحث فى المعاطاه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۷

مصطلحه، كما فى الضيافه و نحوها، و إذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين- مع حفظها عن التلف- انتفاعا مجانيا كان ذلك عاريه. و إذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعا. و حينئذ فلا يوجد عنوان آخر فى مورد المعاطاه غير العناوين المذكوره و بذلك يظهر بطلان الوجه الثانى، و إذن فينحصر البحث فى المعاطاه بالوجهين الأولين.

ثم إن مورد البحث فى الوجه الأول ما تقصد منه الإباحه المحضه، كما فى الضيافه و أشباهها. و مورد البحث فى الوجه الثانى ما يقصد منه الملك. و عليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر (ره) من بقاء الإباحه فى كلمات الأصحاب على ظاهرها و الطعن على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التمليك، و ذلك لأن كلماتهم عاصيه عن الحمل على الإباحه الخالصه، و يتضح ذلك جليا لمن تأمل فى كلماتهم.

و كذلك لا- نعرف وجها معقولا- للالتزام بحصول الملكيه من التعاطى- لازمه كانت أم جائزه- مع قصد المتعاطيين الإباحه المصطلحه. بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبه فضلا عن الفقهاء العظام.

و أيضا لا وجه لما ارتكبه المحقق الثانى من حمل كلمات القائلين بالإباحه على الملك المتزلزل.

المعاطاه و بيان الأقوال فيها

اشاره

قوله: (فالأقوال فى المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم سته).

أقول: الظاهر أن الأقوال حول المعاطاه سبعه:

۱- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضى لفظا، أم كان غيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۸

و قد نسبه غير واحد من أصحابنا إلى المفيد [۱] و إلى بعض العامه [۲].

۲- اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعامله لفظا

و قد حكاه الشهيد الثانى عن بعض مشايخه، ثم استجوده. إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى الأصل [۳].

---

[۱] لكن العباره المنقوله عنه غير ظاهره فى ذلک قال فى محكى المقنعه:

(و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا، و تراضيا بالبيع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان) لأن مراده من هذه العباره بيان الشرائط لصحه البيع و لزومه. و أما عدم تعرضه لاعتبار الصيغه فى البيع فلا يدل على عدم اعتبارها فيه، إذ من المحتمل القريب أن يكون ذلک من جهه أن اعتبارها فى لزوم البيع من المسلمات، و قد حكى عنه فى نكاح المقنعه أنه لم يتعرض لاعتبار الصيغه فى النكاح، و الطلاق مع أن اعتبارها فيهما من البديهيات.

و عن العلامه فى المختلف: أن للمفيد قولا يوهم الجواز، ثم ساق العباره المتقدمه. و عن كشف الرموز- فى باب الفضولى- نسبه اعتبار اللفظ المخصوص فى البيع إلى المفيد و الطوسى. و على هذا فلا يسوغ لنا أن ننسب الرأى المذكور إلى المفيد (ره) كما أنه لم ينسب إلى غيره من قدماء الإماميه. و إذن فلا نعرف وجها صحيحا لقول المصنف: إنه (يكفى فى وجود القائل به قول العلامه فى التذكره: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغه). و لعل غرض العلامه من التعبير بالأشهر الإشاره إلى ما نسب إلى المفيد. و قد عرفت فساد النسبه و اللّه العالم.

[۲] فى شرح فتح القدير ج ۵: أن البيع ينعقد بالتعاطى.

و فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲: الصيغه فى البيع أمران: القول.

و

ما يقوم مقامه. و المعاطاه و عن الشافعيه: أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغه الكلاميه لا بالمعاطاه. و نسب الخلاف فى ذلك إلى الحنفيه.

[۳] قد حکى هذا الرأى فى الحدائق عن جماعه من متأخرى المتأخرين،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۹

و التحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاه لا تكون بيعا إلا بالقرينه الخاصه- و إلا فهى أعم من البيع و غيره- فهو متين، و إن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينه اللفظيه و غيرها فهو فاسد، لعدم الدليل على الفرق بينهما [۱].

۳- أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و إنما تصير لازمه بذهاب إحدى العينين.

و قد اخترع هذا الرأى المحقق الثانى. و شيد أركانه فى محكى تعليقته على القواعد بما لا مزيد عليه. و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه. و هذا الرأى و إن لم يكن بعيدا فى نفسه، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحه.

۴- أن المعاطاه تفيد إباحه جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك،

مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه، إلا أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين، أو بما هو بمنزله التلف. بل فى المسالك: أن كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات.

كالمولى المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد. و المحدث القاسانى فى المفاتيح، و الفاضل السبزوارى فى الكفايه و حكاه أيضا عن جماعه من المحدثين، ثم استقر به و استدل عليه بالروايات الكثيره، و سيأتى التعرض لبعضها عند الاستدلال على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع بالروايات.

[۱] قيل: إنه ثبت اعتبار مطلق اللفظ فى لزوم البيع بالإجماع، و مقتضاه أنه لا تكفى المعاطاه فى ذلك، و الجواب عنه:

أنه ليس هنا إجماع تعبدى لكى يجب الأخذ به، إذ من المحتمل القريب أن يكون اتفاق الفقهاء على هذا من ناحيه الروايات المشعره باعتبار اللفظ فى لزوم البيع و يضاف إلى ذلك: أن القائل بعدم اشتراط اللفظ فى البيع كثير جدا، و معه لا مجال لدعوى الإجماع التعبدى فى المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۰

۵- أنها تفيد إباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،

كالوطى و العتق و البيع. و هـذا هو المحكى عن حواشـى الشـهيد على القواعـد. و ينطبق عليه ما فى المبسوط من المنع عن وطى الجاريه المهداه بالهديه الخاليه عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

۶– أن المعاطاه معامله فاسده،

و هذا الرأى نسب إلى العلامه فى نهايته.

و لكن حكى رجوعه عن ذلک فى كتبه المتأخره. بل لم يوجد له موافق فى هذا الرأى. على أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به.

۷– ما ذكره السيد فى حاشيته و إليک نص عبارته: (أنها معامله مستقله مفيده للملكيه.

و ليست بيعا و إن كانت فى مقامه حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده).

الأقوال فى المعاطاه و مداركها

لا شـبهه فى فساد المعامله المعاطاتيه إذا لم يقم دليل على صـحتها، أو على إفادتها الإباحه الشـرعيه. و سـتعرف قريبا قيام الـدليل على كونها بيعا.

ثم إن مقتضـى الإطلاقات و العمومات الـداله على صـحه البيع و لزومه هو القول بأن المعاطاه بيع لازم، لأن البيع– كما تقدم– هو الاعتبـار النفسـانى المبرز بمظهر خارجى سواء فى ذلک كون المظهر فعلا و كونه قولا و عليه فالمعاطاه بيع عرفى بالحمل الشائع، فتكون مشـموله لتلـک العمومـات و الإطلاقـات. و إذن فلاـ وجه للمنـاقشه فيمـا نسب إلى المفيـد من أن المعاطـاه تفيـد الملكيه اللازـمه. و على هـذا الضوء فلاـ وجه لمـا وجه به شـيخنا الأسـتاذ كلاـم جمع من الأصـحاب القـائلين بترتب الإباحه على التعاطى المقصود منه التمليک. من (أن البيع على ما عرفت هو التبديل، و حيث إن التبديل ليس تبديلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۱

خارجيا، بل تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله، و هذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى.

و ما هو موجده و آله إيجاده هو القول فقط).

و بعـد ذلک إن قلنا بقيام الإجماع التعبدى على نفى اللزوم عن البيع المعاطاتى فتاره نفرض قيامه على نفى اللزوم مطلقا. و أخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالا.

و على الأـول فيثبت مـا ذهب إليه المحقـق الثـانى من أن المعاطـاه تفيـد الملكيه الجـائزه و على الثـانى فيثبت مـا ذهب إليه بعض مشايـخ الشـهيد الثـانى و الأـردبيلى و صاحب الحـدائق و غيرهم من أنها تفيـد الملكيه اللازمه فيما إذا كانت القرينه القائمه على تراض المتعاطيين بالمعامله المعاطاتيه لفظا. بداهه أن الإجماع دليل لبى فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار

المتیقن و هو ما ذکرناه. و لکن الـذی یسـهل الخطب أن ثبوت الإجماع التعبدی- فی المقام- علی نفی اللزوم إجمالا أو تفصـیلا ممنوع.

و لا یخفی علیک أن الالتزام بهـذا الرأی فیما إذا کان مـدلول القرینه اللفظیه هو التراضـی بالمعامله. و أما إذا کان مـدلولها نفس المعامله کان ذلک خارجا عن حدود المعاطاه، بل یصیر مصداقا للبیع اللفظی. و تتوقف صحته علی عدم اعتبار اللفظ الخاص فی إنشاء البیع و لعل هذا هو غرض المصنف مما کتبه فی الهامش، و هذا نصه:

(و لکن فی عد هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمل)

. ثم لو فرضـنا خروج المعاطاه عن مورد الإطلاقات و العمومات الداله علی نفوذ البیع و لزومه. أو فرضنا قیام الإجماع علی أنها لا تفید الملکیه- و إن قصدها المتعاطیان- إلا أنه قامت السیره القطعیه علی جواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه.

و علیه فـان کـان مفاد تلک السـیره هو مطلق التصـرفات حتی التصـرفات المتوقفه علی الملک ثبت القول بالإباحه المطلقه. و إن کان مفادها هو جواز التصرف فی الجمله ثبتت الإباحه الخاصه أی التصرفات غیر المتوقفه علی الملک، ضروره أن ذلک هو

القدر المتیقن من السیره المزبوره.

و إذن فمـدرک القول بالإبـاحه- سواء أ کـانت الإبـاحه مطلقه أم کـانت خـاصه- إنمـا هو الإجمـاع، و علیه فـالمراد من الإبـاحه المزبوره هی الإباحه الشرعیه، لا الإباحه المالکیه لکی یتوقف تحققها فی الخارج علی کونها مقصوده للمتعاطیین.

و من هنا یندفع ما أورده المحقق الثانی علی القائلین بأن المعاطاه تفید الإباحه من أن القول بها ینافی قاعده تبعیه العقود للقصود، فإن الملک المقصود حصوله بالتعاطی غیر واقع بالفرض. و الواقع- و هو الإباحه الخالصه- غیر مقصود

و وجه الاندفاع:

أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالإباحه إذا كان مرادهم من ذلك الإباحه المالكيه، لا الإباحه الشرعيه. و قد عرفت كونها شرعيه. و موضوعها التعاطى الخارجى المقصود به الملك و قد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها. كما حكم بإباحه أموال الناس للمضطرين عند المخمصه و المجاعه.

و قد اتضح لک مما بيناه: أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالإباحه على فرض قصد المتعاطيين الإباحه المصطلحه إنما هو ناشئ من الغفله عن مدرک الأقوال فى المعاطاه.

ثم إذا قلنا بكون المعاطاه معامله مستقله، كما حكاه السيد عن الشيخ الكبير كان ذلک خارجا عن حدود البيع المعاطاتى الذى هو مورد بحثنا. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض.

ما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه

قوله: (و ذهب جماعه تبعا للمحقق الثانى إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوه

أقول: يقع البحث هنا تاره فى أن المعاطاه تفيد الملكيه. و أخرى فى أن الملكيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۳

الحاصله بالمعاطاه هل هى ملكيه لازمه أم هى ملكيه جائزه؟. و سيأتى الكلام فى الجهه الثانيه.

أما الجهه الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجوه شتى:

۱- السيره القطعيه المستمره القائمه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيصاء و التوريث و غير ذلک من آثار الملک.

و أجاب عنه المصنف، و إليک لفظه

(و أما ثبوت السيره و استمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قله المبالاه فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.)

و يرد عليه: أنه لا ريب فى قيام السيره- بين المسلمين بل بين عقلاء العالم- على صحه المعامله المعاطاتيه و

ترتیب آثار الملکیه علی المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم یردع عن هذه السیره فتکون حجه شرعیه. و لو شککنا فی ثبوت الردع فالأصل عدمه. قیل:

إن ثبوت الردع عن ذلک من الوضوح بمکان، لقیام الإجماع علی أن المعاطاه لا تفید الملکیه. و إذن فتسقط السیره عن الاعتبار.

و یرد علیه: أنه لم یقم إجماع تعبدی علی ذلک. غایه الأمر أنه نقل الإجماع علیه. و قد نقحنا فی علم الأصول عدم حجیته، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعین إلی رأی المعصوم (ع) و من المحتمل القریب أن یکون استنادهم فی فتواهم بعدم لزوم البیع المعاطاتی إلی الروایات المشعره باعتبار اللفظ فی البیع. و سیأتی التعرض لها.

٢- قوله (تعالی) وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا. البقره. الآیه ٢٧۴.

و تقریب الاستدلال بهذه الآیه علی أن المعاطاه تفید الملکیه بوجهین:

الوجه الأول أنها تدل علی صحه البیع المعاطاتی بالدلاله المطابقیه، لأن معنی الحل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ٢، ص: ٩۴

فی اللغه هو الإطلاق و الإرسال. و یعبر عنه فی لغه الفارس بکلمه (بازداشتن) و یقابله التحریم، فإنه بمعنی المنع و الحجر. و لا ریب أن الحل بهذا المعنی یناسب الحلیه الوضعیه و التکلیفیه کلتیهما. و علیه فکما یصح استعمال لفظ الجل فی خصوص الحلیه الوضعیه، أو التکلیفیه کذلک یصح استعماله فی کلتیهما معا. و یختلف ذلک حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هکذا الحال فی لفظ التحریم- الذی هو مقابل الحل- فإنه یعم التحریم الوضعی و التحریم التکلیفی کلیهما، و إراده خصوص أحدهما دون الآخر فی بعض الموارد من ناحیه القرائن الحالیه أو المقالیه.

و إذن فلا وجه للمناقشه فی شمول لفظ الحل للحلیه الوضعیه و التکلیفیه معا بعدم

وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجيه. و قد يتعلق بالأفعال الخارجيه. و قد يتعلق بالأمور الاعتباريه المبرزه بمبرز خارجی.

و على الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير، للدلاله الاقتضائيه، و صيانه لكلام المتكلم عن اللغويه. و من هذا القبيل قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبٰاتُ وَ طَعٰامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتٰابَ حِلٌّ لَكُمْ، وَ طَعٰامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الْمُؤْمِنٰاتِ) «۱» فإن متعلق الحل فی هذه الآيه إنما هو المطاعم و المآكل و المناكح.

و من الواضح أنه لا معنى لحليه هذه الأمور بنفسها، بل المراد من حليتها إنما هو حليه ما تعلق بها من الأفعال المناسبه لها من الأكل و الشرب و النكاح.

و على الثانی فلا شبهه فی صحه الكلام بلا احتياج إلى التقدير، و منه قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيٰامِ الرَّفَثُ إِلىٰ نِسٰائِكُمْ) «۲». و كذلك الحال فی الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات- التی هی الاعتبارات النفسانيه المظهره بمبرز

---

(۱) المائده: الآيه: ۵

(۲) البقره الآيه: ۱۸۷

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۵

خارجی- فإنها بنفسها قابله للحليه وضعا و تكليفا من دون احتياج إلى التقدير و من ذلك قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ).

و لا يخفى عليك أن هذه الصور الثلث- التی ذكرناها فی استعمالات كلمه الحل- جاريه بعينها فی استعمالات كلمه التحريم أيضا طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ) هو أن اللّه قد رخص فی إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه فی الخارج و إذن فتدل الآيه الكريمه دلاله مطابقيه على جواز البيع تكليفا، و على

نفوذه وضعا.

و من الواضح الذى لا خفاء فيه أن المعاطاه بيع فتكون مشموله للآيه.

و إذن فلا يتوجه عليه أى محذور من المحاذير و اللّه العالم.

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين: أنه لا شبهه فى (دلاله الآيه بالمطابقه على الصحه. نظرا إلى أن الحليه أمر يناسب التكليف و الوضع، و لذا ورد فى باب الصلاه حلّت الصلاه فيه: أى جازت، و وقعت فى محلها، فالحليه منسوبه إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكيه. و المراد:- و اللّه العالم- أنه تعالى أحله محله، و أقره مقره، و لم يجعله كالقمار بحكم العدم. و أما جعله من الحل فى قبال الشد:- بمعنى أنه لم يصد عنه، و جعله مرخى العنان فى تأثيره- فغير وجيه، لأن الحل فى قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول).

و يرد عليه: أن أحل من الحلول و إن وقع فى الاستعمالات العرفيه الصحيحه الفصيحه، بل فى الكتاب المجيد [١] إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق و الإرسال الذى ورد فى الآيات التى تقدمت الإشاره إليها قريبا. و ورد أيضا فى استعمالات أهل العرف و اللغه كثيرا. و تتأكد إراده هذا المعنى الثانى فيما إذا استعمل

---

[١] قوله تعالى وَ أَحَلُّوا قَوْمَهُمْ دارَ الْبَوارِ. إبراهيم ١۴، الآيه: ٢٨

لفظ الحل فى مقابل كلمه التحريم، كما فى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) و وجه التأكد: أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الإزاله، لا التحريم.

الوجه الثاني: ما ذكره المصنف، و حاصله: أن المراد من حليه البيع فى الآيه الكريمه إنما هو الحليه التكليفيه، لمقابلتها مع حرمه الربا الظاهره فى الحرمه التكليفيه

و من الواضح أن الحليه التكليفيه لا يصح تعلقها بالبيع، لأنه إنشاء تمليك عين بمال.

و حليه ذلک لا تحتاج إلى البيان. و عليه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل فى الآيه بالتصرفات المترتبه على البيع. و حينئذ فتدل الآيه على حليه التصرفات بالمطابقه و على حليه البيع بالالتزام و من هنا ظهر أنه لا يمكن أن يراد من قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ) الحليه الوضعيه، لكى تدل الآيه على صحه البيع دلاله مطابقيه. و بما أن المعاطاه من أفراد البيع عرفا فتكون مشموله للآيه و عليه فالحليه فى الآيه الشريفه لا تدل على حصول الملكيه بل إنما تدل على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملک- كالبيع و العتق و الوطى و الإيصاء- و من البين الذى لا ريب فيه أن إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملک فى غير مورد المعاطاه من ناحيه الإجماع على وجود الملازمه بينهما. و أما المعاطاه فالقائلون بعدم إفادتها الملک قد حكموا بإفادتها الإباحه على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثانى فى المسالک بأن من أجاز المعاطاه قد سوغ جميع التصرفات. غايه الأمر أن الالتزام بإباحه جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملک آنا ما على التصرفات الموقوفه على الملک. و لا يقتضى ذلک الالتزام بسبق الملک من أول الأمر لكى بتوهم أن مرجع هذه الإباحه أيضا إلى الملک.

و قد اتضح لک من ذلک فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكيه التقديريه، إذ لو كانت المعاطاه مؤثره فى الملكيه لأثرت فيها من أول الأمر و إلا فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۷

و وجه الفساد: أن الالتزام بالملكيه التقديريه انما هو من جهه الجمع بين الأدله، و

الا فإن المعاطاه لا تؤثر إلا فى الإباحه المطلقه.

و لكن يرد على المصنف وجوه.

١- أنه لا ملزم لتخصيص الحل فى الآيه بالحل التكليفى فقط، بل يعم ذلك الحليه التكليفيه و الوضعيه، بمعنى واحد و قد عرفته قريبا.

٢- أنه لا وجه صحيح لصرف الحل فى الآيه إلى حليه التصرفات. و منع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حليه إنشاء البيع أمر واضح لا يحتاج الى البيان، و ذلك لأنا ذكرنا فيما سبق: أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى، سواء أ تعلق به الإمضاء من ناحيه الشرع و العرف، أم لم يتعلق به ذلك، بل سواء أ كان فى العالم عرف و شرع أم لم يكن. و هذا المعنى هو الذى قد يكون موضوعا للحرمه و قد يكون موضوعا للحليه. كما ان الأمر كذلك فى سائر المعاملات.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ و حاصله: ان اباحه جميع التصرفات إذا اقتضت الملك فى سائر المعاملات و التجارات اقتضته فى المعاطاه أيضا، إذ لا فارق بينهما الا من ناحيه توهم الإجماع فى سائر المقامات دون المعاطاه و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن الإجماع دليل لبى فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو حصول الملكيه آنا ما فى سائر المقامات أيضا. و إذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملكيه من أول الأمر فى المعاطاه و غيرها، و إما من الالتزام بعدم حصولها فيهما إلا آنا ما قبل التصرف.

٤- أنه إذا دلت الآيه على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكيه من الأول. و عليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك، و التجائه إلى القول بالملكيه التقديريه.

قيل: إن جواز التصرف شرعا لا

یلازم حصول الملکیه، کما أن الشارع قد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۹۸

حکم بجواز التصرف فی أموال الناس عند الضروره و المجاعه من غیر أن یکون ذلک ملکا للمتصرف. نعم التصرفات المتوقفه علی الملک تکشف عن تحقق الملک آنا ما قبل التصرف لأجل الجمع بین الأدله. و الجواب عن ذلک:

أن التصرفات التی حکم بحلیتها فی الآیه المبارکه هی التصرفات المترتبه علی البیع، و من الواضح أن التصرف المترتب علی البیع تصرف مالکی، و جواز التصرف المالکی یکشف عن الملکیه کشفا قطعیا. و علیه فدلیل حلیه البیع یدل علی حلیه التصرف بالدلاله المطابقیه، و علی حصول الملکیه من أول الأمر بالدلاله الالتزامیه.

و أما الالتزام بالملکیه آنا ما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقفه علی الملک بغیر عنوان المالکیه مع فرض تحقق البیع فی الخارج. و هذا بعید عن مدلول الآیه حسب ما یفهمه أهل العرف من الکلام.

قیل: إن الآیه لا دلاله فیها علی تأثیر البیع فی الملکیه أصلا، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف و من الواضح أنه إذا أرید من التصرف المزبور التصرف المالکی لزم منه تعرض الحکم لإثبات موضوعه و هو أمر غیر معقول. و الجواب عنه:

أن الحل فی الآیه و إن تعلق بالتصرف ابتداء- علی رأی المصنف- إلا أن إحلال التصرف یکشف عن حصول الملکیه و لا یلزم من ذلک تعرض الحکم لإیجاد موضوعه. نعم إذا قلنا بتحقق الملکیه من ناحیه جواز التصرف لزم منه تکفل الحکم بإثبات موضوعه و لکنه بعید عما نحن فیه. قیل:

إنا لو سلمنا دلاله الآیه علی جواز البیع وضعا و تکلیفا، أو قلنا بدلالتها علی حلیه التصرفات، و استکشفنا منها الملکیه من أول الأمر، لکنها

لاـ تشـمل المعاطـاه، لعـدم صـدق البيع عليه، إذ البيع إمـا من مقوله اللفـظ- كما عن بعض الاعلام- بـدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسـى الذى هو مدلول الكلام اللفظى، و هو باطل بالضـروره، أو أنه من مقوله المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۹

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ، و على كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاه:

أمـا على الأـول فواضـح. و أما على الثانى فلأن البيع و إن كان من قبيل المعنى، و لكن صـدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ، إذ المفروض أن الكلام النفسـى مدلول للكلام اللفظى، و من الواضح جدا أن المعاطاه لم تبرز باللفظ فتكون خارجه عن حدود البيع جزما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس اسـما لمجرد اللفـظ، و إلاـ لزم تحققه بـالتكلم بلفـظ بعت و إن لم يتحقق به الإنشاء، و لا أنه اسم للاعتبار النفسانى غير المبرز بمظهر خارجى، و إلا لزم تحققه بالاعتبار الساذج و إن لم يكن مبرزا فى الخارج. بل هو اسم للاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى. و من الواضح أنه لا يعتبر فى المبرز أن يكون من قبيل الألفاظ.

بـل كما يصـح إبراز الاعتبار النفسانى باللفظ، كـذلك يصـح إبرازه بغيره. و على كل حال لا صـله للمقام بالكلام النفسـى الـذى ذكرنا بطلانه فى محله: و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

۳- قوله (ص): (إن الناس مسلطون على أموالهم) «۱» و وجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف فى أمواله بأنحاء التصرفات، سواء فى ذلك التصرفات الخارجيه و الاعتباريه. و من التصرفات الاعتباريه

البيع المعاطاتی، و إذن فالمنع عن جواز البيع المعاطاتی مناف لعموم الحديث.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوی المزبور ضعيف السند، و غير مذكور فی كتب الشيعه إلا مرسلا و من الواضح أنا لا نعتمد على المراسيل فی شی ء من الأحكام الشرعيه، لأنها غير مشموله لأدله حجيه الخبر. قيل:

إن النبوی المزبور و إن كان ضعيفا من ناحيه الإرسال، و لكن قد عمل به

---

(١) البحار ج ١ ص ١٥۴.

المشهور، بل أرسله الفقهاء فی كتبهم الاستدلاليه إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهيه المسلمه، و يلتجئون إليها فی موارد شتى. و إذن فيكون عملهم هذا جابرا لوهن الخبر و ضعفه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا التوهم فاسد كبرى و صغرى: أما الوجه فی فساد الكبرى فلأنه لا دليل على انجبار ضعف الروايه بعمل المشهور، لأن الشهره إن كانت حجه فی نفسها أخذ بها و إلا فإن ضمها إلى غير الحجه لا يفيد الاعتبار و قد اشتهر فی الألسنه أن فاقد الشی ء لا- يكون معطيا له نعم إذا كان عملهم وسيله إلى توثيق الروايه كان ذلك قرينه على حجيتها. بل قد يكون عمل شخص واحد بروايه سببا لتوثيقها. إلا- أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور، فان هذا فيما لم تعلم وثاقه الرواه، بل لم تعلم رواه الخبر- كما فی المراسيل- و من البديهی أن عمل المشهور فی أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقه الرواه. نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظفر بها. و لكن هذا الاحتمال لا يغنی من الحق شيئا. مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلاله بعمل المشهور، و الملاك

فیهما واحد. و احتمال الاطلاع علی القرائن مشترک بینهما و أما الوجه فی منع الصغری فلأن من المحتمل القریب أن المشهور قد استندوا فی فتیاهم بصحه البیع المعاطاتی بغیر النبوی من الوجوه التی استدل بها علی ذلک. و من البین الذی لا ریب فیه انه بناء علی انجبار ضعف الروایه بعمل المشهور فإن الشهره إنما تکون جابره لوهن الروایه إذا علم استناد المشهور إلیها. علی أن المشهور بین القدماء هو القول بالإباحه. و إذن فلا شهره فی المقام لکی تکون جابره لضعف النبوی و أما الشهره بین متأخری المتأخرین فلیست بجابره اتفاقا.

ثانیا: أنا لو سلمنا اعتبار النبوی من حیث السند لکن لا نسلم دلالته علی المقصود، فان المحتمل فی معناه وجوه ثلاثه:

۱- أن یراد من الحدیث تسلط الناس علی کل تصرف من أنحاء التصرفات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۱

کمّا و کیفا. و علیه فإذا شککنا فی جواز تصرف خارجی أو اعتباری من حیث الوضع و التکلیف تمسکنا بالحدیث المزبور لإثبات مشروعیه ذلک. و لکن یرد علیه:

أولا: أن الالتزام بهذا الوجه یقتضی أن یکون النبوی فی مقام التشریع:

بأن یدل علی جواز کل تصرف لم تثبت مشروعیته من ناحیه الشارع. و علی هذا فإذا شککنا فی جواز تصرف تکوینی- کالأکل و الشرب- أو اعتباری- کالبیع المعاطاتی و نحوه- تمسکنا بالنبوی لإثبات مشروعیه ذلک التصرف، و من البدیهی أنه لم یقل به متفقه فضلا عن الفقیه.

ثانیا: أن هذا الوجه یقتضی الالتزام بمشروعیه غیر واحد من المحرمات الإلهیه- کأکل جمله من الأطعمه المحرمه و شرب جمله من الأشربه المحرمه و لبس جمله من الألبسه المحرمه التی هی مملوکه للمتصرف- فإن النسبه بین دلیل السلطنه و بین أدله

بعض المحرمات هى العموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع و يتساقطان فيرجع إلى أصاله الإباحه، مع أن هذا ضرورى البطلان. و المتحصل من ذلك أن الوجه المزبور لا يمكن الالتزام به.

٢- ما ذكره المصنف و حاصله: أن عموم الحديث إنما هو باعتبار أنواع السلطنه- كالبيع و الإجاره و الهبه و الصلح و غيرها- و إذا شككنا فى مشروعيه نوع منها- كالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلا- تمسكنا بعموم الحديث و نحكم بثبوت السلطنه هنا أيضا. و أما إذا علمنا بمقدار السلطنه و كميتها بأن قطعنا بأن سلطنه خاصه نافذه فى حق شخص كبيع ماله من غيره و لكن شككنا فى كيفيه هذه السلطنه و أن هذا البيع هل يوجد بالتعاطى أم لا بد فيه من القول الدال عليه فإنه حينئذ لا يجوز لنا أن نتمسك بدليل السلطنه لإثبات مشروعيه المعاطاه فى الشريعه المقدسه. و قد اتضح لك من توضيح كلام المصنف الفارق بين هذا الوجه و بين سابقه حيث ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٢

العموم فى الوجه الأول باعتبار الكميه و الكيفيه و فى الوجه الثانى باعتبار الكميه فقط و يرد عليه: أن الالتزام بهذا الوجه يقتضى أيضا أن تكون الروايه فى مقام التشريع و عليه فيجوز التمسك بعموم النبوى فى أى مورد شككنا فى جواز نوع خاص من السلطنه- كالشك فى جواز أكل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروايه حسب المتفاهم العرفى و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد فى أمثال ذلك. و من هنا ذكروا: أن دليل السلطنه لم يرد فى مقام التشريع بل إنما ورد لإثبات السلطنه للمالك فى الجهات المشروعه.

٣- ما هو التحقيق من

أن دليل السلطنه يتكفل ببيان استقلال المالك فى التصرف فى أمواله فى الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف فى تلك الجهات، و ليس لغيره أن يزاحمه فى ذلك، و عليه فشأن دليل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف.

و على الجمله: إن دليل السلطنه لا يدل على استقلال الملاک فى التصرف فى أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحيه خاصه كان ذلک مخصصا لعموم الحديث. و قد تجلى لک من ذلک أنه لو شک فى جواز تصرف خاص- كالبيع المعاطاتى أو جواز الاعراض عن مال معين- فإنه لا يجوز التمسک فى مشروعيه ذلک بدليل السلطنه. و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه:

۴- (قوله تعالى) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) النساء الآيه: ۲۸.

فإن الآيه الشريفه قد دلت على انحصار جواز التصرف فى أموال الناس بما يكون تجاره عن تراض عرفا. و البيع المعاطاتى كذلک و بيان ذلک بوجهين:

۱- أن المراد من الأكل فى الآيه الكريمه ليس هو الازدراد- على ما هو معناه الحقيقى- بل إنما هو كنايه عن التملک- و إن لم يكن ذلک المال من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۳

جنس المأكولات كالدار و البستان و الدكان و أشباه ذلک- و قد تعارف هذا النحو من الاستعمال فى القرآن الكريم و فى كلمات الفصحاء، بل فى غير لغه العربيه أيضا ثم ان دخول كلمه الباء السببيه على كلمه الباطل، و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه

إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الفاسده.

و عليه فان كان الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه كان مفاد الآيه أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض و إذن فتفيد الآيه حصر الأسباب الصحيحه للمعامله بالتجاره عن تراض و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآيه ظاهره ابتداء فى بيان الكبرى الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد فى العرف من الأسباب الباطله، و لا من التجاره عن تراض. بل تكون الآيه بالنسبه إليه مهمله. و لكن يمكن إثبات دلاله الآيه على الحصر حينئذ بالقرينه المقاميه بدعوى أن اللّه (تعالى) بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات، و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه و إذن فالآيه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات فى التجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا و على كلا التقديرين فتدل الآيه بالمطابقه على صحه البيع المعاطاتى، و كونه مفيدا للملك، فان عنوان التجاره عن تراض ينطبق عليه عرفا. و مما يؤيد كون الآيه راجعه إلى بيان أسباب المعاملات تطبيقها فى بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطله «1» ٢ أن يراد من الأكل فى الآيه الكريمه التصرف: أى لا تتصرفوا فى أموال الناس بالأسباب الباطله، فإنه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن

---

(1) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما

يكتسب به.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۴

تراض. و عليه فتدل الآيه بالمطابقه على حليه التصرفات تكليفا- التى تترتب على التجاره عن تراض- و تدل على حصول الملكيه من أول الأمر بالملازمه العرفيه، لما عرفت عند الاستدلال بآيه حل البيع على المقصود من أن السلطنه التكليفيه على جميع التصرفات فى شى ء كاشفه عرفا عن مالكيه المتصرف لرقبه هذا الشى ء و إن كانت الملكيه تنفك عن السلطنه أحيانا- كما فى المحجور- و لكن السلطنه المطلقه لا تنفك عن الملكيه عرفا. و لا يخفى عليك: أنه يجرى فى هذا الوجه جميع ما تقدم من النقض و الإبرام حول الوجه الثانى من وجهى الاستدلال على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

و قد ذكر المحقق صاحب البلغه: أنه لو كان الاستثناء فى آيه التجاره عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثره التخصيص المستهجن، بداهه أن أسباب حل الأكل ليس منحصرا بالتجاره عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنايات و سائر النواقل الشرعيه و الإباحات. سواء أ كانت الإباحه مالكيه، أم كانت شرعيه و إذن فلا ملازمه بين أكل المال بالباطل، و بين ما لا يكون تجاره عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه أن جمله من الأمور التى ذكرها المحقق المزبور ليست مقابله للتجاره عن تراض، بل هى قسم منها، كالهبات التى منها الصدقات المستحبه و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها، و سائر النواقل الشرعيه كالإجاره و الجعاله و نحوهما. و جمله منها و إن كانت خارجه عن حدود التجاره عن تراض- كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها- و لكن الالتزام بخروجها

عن ذلک لا یستلزم کثره التخصیص، بداهه أن الباقی تحت العام أکثر من الخارج.

و یضاف إلی ما ذکرناه: أن المستثنی منه فی الآیه إنما هو أکل مال غیره بعنوان التملک: بأن یتملک الإنسان باختیاره مال غیره بغیر التجاره عن تراض، و ما لا یکون کذلک- کالوقوف و الزکوات و الأخماس و المال الموصی به وصیه تملیکه بناء علی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۵

عدم اعتبار القبول فیها و أروش الجنایات- خارج عن حدود المستثنی و المستثنی منه تخصصا لا تخصیصا [۱].

کلام بعض الأساطین حول المعاطاه [لتأسیس قواعد جدیده]

اشاره

قوله: (و لذا ذکر بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد فی مقام الاستبعاد أن القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطیین التملیک و البیع مستلزم لتأسیس قواعد جدیده).

---

[۱] قد أغفل المصنف الاستدلال علی مقصوده بقوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المائده ۵ الآیه: ۲. مع أنه استدل به- فیما سیأتی قریبا- علی أصاله اللزوم فی العقود.

و الوجه فی ذلک: أن الآیه إنما تدل علی لزوم العقد دلاله مطابقیه، بداهه أن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلی لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ. و إذا دلت الآیه علی لزومه بالمطابقه دلت علی صحته بالالتزام، إذ لا معنی لفساد العقد مع لزومه.

و من البین الذی لا ریب فیه أن المعاطاه عقد بالحمل الشائع، فتکون مشموله لعموم الآیه.

و لکن ذکر المصنف فیما سیأتی قریبا: (أن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه، بل ادعاه صریحا بعض الأساطین فی شرح القواعد) و علی هذا فیکون الإجماع قرینه منفصله علی عدم شمول الآیه للمعاطاه من حیث الدلاله المطابقیه. و قد ثبت فی محله أن الدلاله الالتزامیه تابعه للدلاله المطابقیه.

و علیه فإذا سقطت دلاله الآیه بالمطابقه علی لزوم المعاطاه سقطت دلالتها

الالتزاميه على صحتها. و إذن فتنصرف الآيه الكريمه عن المعاطاه، و تختص بالعقود اللفظيه:

و هذا بخلاف آيتى حل البيع و التجاره عن تراض فإنهما تدلان على صحه البيع بالمطابقه، و على لزومه بالالتزام، و من البديهى أن سقوط الدلاله الالتزاميه لا تضر بالدلاله المطابقيه. هكذا ينبغى أن يحرر المقام، لا على الوجه الذى ارتكبه غير واحد من المحشين.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۶

أقول: يحسن بنا أن نبحث حول كلامه لكى يتضح لنا أن القول بالإباحه مع قصد الملك من التعاطى هل يستلزم تأسيس قواعد جديده أم لا. و تلك القواعد ما يلى.

منها: ۱- أن العقود و ما قام مقامها تابعه للقصود من حيث الإيجاب و السلب:

اشاره

أى وقوع ما يقصد، و عدم وقوع ما لم يقصد. و من البين أن القول بالإباحه مخالف لهذه القاعده إيجابا و سلبا. لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل فى الخارج، و ما حصل فى الخارج لم يقصده المتعاطيان.

و قد أجاب عنه المصنف بوجهين:

الأول: أن تبعيه العقود للقصود فيما إذا دل الدليل على صحه العقد:

بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه. و على هذا فلا يعقل الحكم بالصحه مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه. و هذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلک- كالعقد المعاطاتى- و لكن حكم الشارع المقدس فى مورده بالإباحه، فإنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهه أن الإباحه المذكوره ليست إباحه عقديه لكى يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هى إباحه شرعيه مترتبه على المعاطاه ترتب الحكم على موضوعه. و عليه فمنزله ذلک منزله حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس فى المخمصه و المجاعه، و بجواز أكل الماره من ثمره الشجره التى تمر بها و إن لم يرض المالک بذلک. انتهى ملخص كلامه فى الوجه الأول [۱].

---

[۱] الأولى فى الجواب أن يقال: إن كانت المعاطاه مشموله للعمومات الداله على صحه البيع فلا شبهه فى كونها بيعا صحيحا و مؤثره فى الملكيه من دون أن يلزم من ذلک تخلف العقد عن القصد. نعم لو ورد دليل الإمضاء على خلاف ما قصده المتعاقدان لزم منه تخلف العقد عن القصد. إلا أنه بعيد عن المقام. و لا يفرق فيما ذكرناه بين القول بحصول الملكيه من أول الأمر: و بين القول بحصولها آنا ما قبل التصرف.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۷

الثانی: أن تخلف العقود عن القصود لا غرابه فیه.

اشاره

و قد وقع فی جمله من الموارد:

الأول: (أنهم أطبقوا علی أن عقد المعاوضه إذا کان فاسدا یؤثر فی ضمان کل من العوضین القیمه،

لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه، مع أنهما لم یقصدا إلا ضمان کل منهما بالآخر. و توهم أن دلیلهم علی ذلک قاعده الید مدفوع بأنه لم یذکر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا علی الوجه الأول، و هو إقدامهما علی الضمان، فلاحظ المسالک).

و یرد علیه: أن سبب الضمان فی العقود الفاسده- علی ما سیأتی- إنما هو الید نهایه الأمر أن الاقدام یکون منقحا لموضوع ضمان الید. و قد ذکرنا فی محله: أن الاقدام بنفسه لو کان موجبا للضمان، لتحقق الضمان بتحقق المعامله فی الخارج بالإیجاب و القبول، مع عدم تحقق القبض و الإقباض، إذ المفروض تحقق الاقدام علی المعامله من ناحیه المتعاملین، مع أنه باطل بالضروره. فیستکشف من ذلک أن سبب الضمان فی أمثال الموارد هو الید دون الاقدام.

الثانی: أن الشرط الفاسد لا یفسد العقد المشروط به عند أکثر القدماء،

مع أن ما قصد- و هو العقد المقید بالشرط الفاسد- غیر واقع. و الواقع الذی هو ذات العقد لم یقصد. نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد یفسد العقد لم یتوجه هذا النقض علی بعض الأساطین. و لکن التحقیق خلافه. و یأتی تفصیل ذلک فی مبحث. الشروط إنشاء اللّه.

- و إن لم تکن المعاطاه مشموله للعمومات الداله علی صحه البیع فلا شبهه فی أنها لا تؤثر فی الملکیه، إلا أنه قامت السیره القطعیه علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه حتی التصرف المتوقف علی الملک من دون أن یلزم من ذلک تخلف العقد عن القصد، إذ المفروض أن الإباحه المترتبه علی المعاطاه إباحه شرعیه لا إباحه عقدیه و هذا واضح لا خفاء فیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۸

و التحقیق: أن الشرط قد یکون قیدا لأصل العقد بحیث یکون الإنشاء معلقا علی حصول الشرط: بأن قال البائع:

بعتک المتاع الفلانی إن قدم الحاج. و إلا فلا أبیع، و قد یکون الشرط التزاما آخر فی ضمن الالتزام العقدی من دون أن یکون الملتزم به قیدا لأصل العقد. و علی الأول فالتعلیق یوجب فساد العقد و إن لم یکن الشرط فاسدا لقیام الإجماع علی بطلان التعلیق فی العقود. و علی الثانی فالالتزام بصحه العقد مع فساد الشرط لا یستلزم تخلف المقصود عن القصد و تفصیل الکلام فی محله.

الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما یملکه مع ما لا یملکه:

بأن ضم مال نفسه إلی مال غیره و باعهما من شخص واحد فی صفقه واحده- فإنه لا شبهه فی صحه هذا البیع عند المحققین. مع أن ما هو مقصود للمتبایعین لم یقع فی الخارج، و ما هو واقع فیه غیر مقصود لهما. و الجواب عن ذلک:

أن البیع المذکور و إن کان واحدا بحسب الصوره و لکنه منحل إلی بیعین غایه الأمر أن أحدهما صحیح منجزا، و الآخر صحیح مشروطا بإجازه المالک.

و السر فی ذلک أن حقیقه البیع متقومه بإنشاء تبدیل شی ء من الأعیان بعوض فی جهه الإضافه کما تقدم «۱» و من البدیهی الذی لا ریب فیه أن هذا المعنی لا ربط له بقصد المالکین و معرفتهما. و علیه فقصد البائع کون العقد لنفسه أو لغیره خارج عن حدود البیع. و إذن فلا- یوجب ذلک تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم مع عدم إجازه المالک یثبت للمشتری خیار تبعض الصفقه. و لکنه بعید عن تخلف العقد عن القصد الذی هو محل الکلام فی المقام.

الرابع: بیع الغاصب المال المغصوب لنفسه.

فقد ذکر جمع کثیر أن البیع یقع عن المالک فضولا، و تتوقف صحته علی إجازته. مع أن المقصود- و هو کونه

---

(۱) راجع ص ۵۳.

للبائع- لم یقع، و الواقع- و هو وقوع البیع عن المالک- غیر مقصود. و الجواب عن ذلک:

ما أشرنا إلیه آنفا من أن البیع إنشاء تبدیل عین بعوض فی جهه الإضافه.

و من الظاهر أن قصد وقوعه عن المالک، أو عن البائع خارج عن حدوده.

و سیأتی التعرض لهذه المسأله فی البحث عن بیع الفضولی. نعم لو کان شأن المالکین فی البیع شأن الزوجین فی عقد الزواج لکان ما ذکره المصنف من النقض- علی

بعض الأساطين- صحيحا، و لكن الأمر ليس كذلك.

الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل فى نكاح المتعه كان ذلك زواجا دائميا

و قد ذكر هذا فى موثقه ابن بكير [١]. و أفتى به جمع من الفقهاء رضوان اللّه عليهم. مع أن المقصود- و هو نكاح المتعه- لم يقع. و الواقع- و هو نكاح الدائم- غير مقصود.

و التحقيق: أنه إذا كان بناء العاقد- قبل مباشرته بإيقاع العقد- على إنشاء نكاح المتعه، و لكن نسى ذكر الأجل عند الإنشاء و قصد الزواج الدائم فلا شبهه فى أن الواقع حينئذ يكون نكاحا دائميا و عليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد.

و إذا كان بناء العاقد على إيقاء عقد المتعه حتى فى مقام الإنشاء، و الاشتغال بإجراء الصيغه، و مع ذلك نسى ذكر الأجل فى مقام التلفظ، أو تركه عمدا فان الظاهر حينئذ بطلان العقد، بداهه أن الزواج الدائم لم يقصد، و لم ينشأ، لأن الإنشاء- كما عرفته مرارا- عباره عن إبراز الأمر النفسانى فى الخارج. و إذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزا باللفظ. و أما الزواج المنقطع فلا يقع أيضا فى

---

[١] قال: (قال أبو عبد اللّه (ع) ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جائز. و قال: إن سمى الأجل فهو متعه. و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات). الكافى ج ٢ ص ۴۵. و الوافى ج ١٢ ص ٩۶.

الخارج، إذ يعتبر فى صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات «١»، و المفروض أنه مفقود فى المقام. و هذا بين لا ريب فيه.

و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ٢- أن القول بالإباحه يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعه الخلو:

و هما الالتزام بأن إراده التصرف- فى المأخوذ بالمعاطاه- مملكه، و الالتزام بأن التصرف بنفسه من المملكات، و كلا الأمرين بعيد جدا، بداهه أن المالك

لم یقصد إلا تملیک ماله من الأول، و علیه فالالتزام بحصول الملکیه بتصرف غیر المالک، أو بإرادته التصرف من دون أن یکون ذلک مقصودا للمالک بعید غایته.

و یتوجه علیه ما أفاده المصنف. و حاصله: أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملکیه بإراده التصرف، فان الجمع بین الأدله یقتضی ذلک، ضروره أن الأصل یقتضی بقاء المأخوذ بالمعاطاه فی ملک مالکه الأول. و قد قامت السیره القطعیه علی جواز التصرف لکل من المتعاطیین فیما انتقل إلیه. و قد ثبت فی الشریعه المقدسه أن بعض التصرفات- کالعتق و البیع و الوطی- لا یسوغ لغیر المالک. و من البین الذی لا ریب فیه أن الجمع بین هذه الأدله یقتضی الالتزام بالملکیه حین إراده التصرف. و علیه فیکون شأن التصرف فی المقام شأن تصرف ذی الخیار و الواهب فیما انتقل عنهما تصرفا بالعتق و البیع و الوطی و أشباهها [۱].

---

[۱] أقول: إن التصرفات الصادره من المتعاطیین علی قسمین:

القسم الأول: ما لا یتوقف جوازه علی الملک- کالأکل و الشرب و اللبس و نحوها- فان جواز هذه التصرفات لا ینوط بملک الرقبه، بل تجوز لغیر المالک أیضا إذا دل علیه دلیل. و قد فرضنا أن السیره قد دلت علیه فی المقام غایه الأمر أن یکون الإتلاف فی محل الکلام موجبا للضمان بالمسمی، دون المثل أو القیمه. و علی هذا فلا نحتاج الی الالتزام بملکیه التصرف، أو بإرادته لکی نتمسک فی إثبات

---

(۱) راجع الوافی ج ۱۲ ص ۹۵.

و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۳- أنه إذا قیل بأن المعاطاه- المقصود بها الملک- تفید الإباحه لزمت منه مخالفه القواعد المتسالم علیها فی موارد شتی:

منها تعلق الخمس بما فی ید أحد المتعاطیین،

مع أنه لیس بمالک له.

و توضیح ذلک: أنه إذا أعطی أحد المتعاطیین دینارا لصاحبه، و أخذ منه متاعا یساوی أحد عشر دینارا فإنه قد ربح فی هذه المعامله المعاطاتیه

عشره دنانير و إذا بقى هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك فى البين، كتصرف المشترى فى المتاع، أو تصرف البائع فى الثمن، أو تلف أحد العوضين- ثبت فيه الخمس. و عليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك، و هو فقه جديد.

و قد يتوهم: أن غرض بعض الأساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالأرباح و المنافع الحاصله من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطاه و لكنه توهم فاسد، فإنه مخالف لصراحه كلامه بديهه أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما إذا كان العوضان باقيين، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطيين، و من البين الذى لا ريب

- ذلک بالجمع بين الأدله. قيل:

انه لا يتحقق الضمان بالمسمى الا مع ملك الضامن لما هو بدل عن المسمى، و عليه فلا مناص عن الالتزام بمملكيه التصرف أو إرادته و الجواب عن ذلك:

أنا لو سلمنا توقف الضمان بالمسمى على ملك الضامن للعوض و لكن لا نسلم توقف ذلك على مملكيه التصرف أو إرادته. بل يمكن الالتزام بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف من ناحيه الجمع بين الأدله. كما التزم به المصنف سابقا عند الاستدلال على صحه المعاطاه بآيتى حل البيع و التجاره عن تراض.

القسم الثانى من التصرفات: ما يتوقف جوازه على الملک- كالعتق و الوطى و البيع- و قد اتضح لک حكمه مما ذكرناه فى القسم الأول، بديهه أن الجمع بين الأدله يقتضى الالتزام بحصول الملك آنا ما قبل التصرف. بلا احتياج فى ذلك الى مملكيه التصرف أو إرادته. و هذا واضح لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۲

فيه أن حصول الربح بالتجاره لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: و هما

التصـرف، و تلف العين و لو حكمـا. و حينئـذ فلاـ يتوجه على بعض الأساطين ما ذكره شـيخنا المحقق و إليك نصه (أما خمس ربح التجاره بالمأخوذ بالمعاطاه فلا محاله يكون حصول الربح مسـبوقا بالتكسب و التصـرف فى المال، فيكون مملكا له و لأصله. و ليس هذا غريب آخر زياده على غرابه مملكيه التصرف).

و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك،

و تترتب عليه جميع آثـار الملكيه من الاسـتطاعه و تعلق الزكـاه و حق الـديان به و كونه إرثا للورثه و وجوب الإنفاق منه و جواز الوصيه به، و لو كانت المعاطاه مفيده للإباحه لزم من ذلك تعلق الأمور المذكوره بالمباحات، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاک.

و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتى تعلق به حق الشفعه،

مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر فى الملكيه. و من هنا لو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعه.

و منها تعلق حق المقاسـمه بذلک، و مثاله: أنه إذا باع أحد الشـريكين حصـته من شـخص آخر بالبيع المعاطاتى جاز للمشترى أن يطالب المقاسمه من الشريک الآخر.

و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيـد الملكيه فلا محـذور فيه. و إن قلنا بأنها لا تفيـد إلا الإباحه الخالصه لزم منه ثبوت حق المقاسـمه لغير الملاک.

و منها: أن الربا يجرى فى البيع المعاطاتى،

كمـا يجرى فى البيع اللفظى. و عليه فـان قلنـا بـأن المعاطاه تفيـد الملكيه كان ذلک موافقا للقواعـد الشـرعيه. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه لزم من ذلک جريان الربا فى المباحات. و من الواضح أن ذلک تأسيس فقه جديد.

و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده الإباحه لزم من ذلک أن يتصف الآخذ بالمعاطاه بصفه الفقر

و لو كان المأخوذ بذلک يكفى مئونته و مئونه عياله سنه واحده- إذا لم يكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٣

عنده مال آخر يكفيه و لعياله حولا كاملا.

و لزم أيضـا أن لاـ تزول صـفه الغنى عن المعطى، لكونه مالكـا لمـا أعطـاه لصاحبه بالمعامله المعاطاتيه. و إذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشـرعيه المقرره للفقراء و المسـاكين، و لاـ يجوز ذلـک للثانى و إن لم يكن عنـده ما يكفيه و لعياله سـنه واحـده. و من

الظاهر أن هذا أمر عجيب.

و قد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكوره بما هذا لفظه:

(و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها) [۱].

---

[۱] لا- يخفى عليك ما فى عباره المصنف من الغلق و الاضطراب و اشتباه المراد كما يظهر لمن يعطف النظر على كلمات المحشين. و الذى نفهمه منها: أنه لا- مانع من الالتزام بعدم تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه، مع بقاء مقابله، و عدم تصرف كل من المتعاطيين فيما بيده، بداهه أنه لا محذور فى الالتزام بذلك إلا الاستبعاد المحض. و من البين الذى لا ريب فيه أن مجرد الاستبعاد لا- يوجب أن تكون المعاطاه مفيده للملكيه لكى يصح الالتزام بتعلق الأمور المزبوره بما فى يد كل من المتعاطيين. قيل:

إنه لا مناص عن الالتزام بتعلق تلك الأمور بالمأخوذ بالمعاطاه لأن بناء المتشرعه و سيرتهم القطعيه على أن

شأن ذلک شأن سائر الأملاک. و الجواب عنه:

أن هذا و إن کان صحیحا إلا أن الالتزام به من ناحیه السیره لا من ناحیه الاستبعاد الذی هو مورد بحثنا. و إذن فتکون السیره دلیلا علی الملک بلا حاجه إلی الاستبعاد المزبور. و علی هذا التفسیر فمرجع الضمیر المجرور فی کلمه (دفعه) هو لفظ العدم المحذوف المضاف إلی کلمه التعلق. و القرینه علی الحذف هی سیاق الکلام.

و یمکن أن یکون غرض المصنف من تلک العباره: أنه لا شبهه فی تعلق الأمور المذکوره- فی کلام بعض الأساطین- بالمأخوذ بالمعاطاه- و إن کان ذلک-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۴

و یحسن بنا أن نتعرض لأجوبه تلک الأمور، و إلیک ما یلی:

أما الأخماس فهی لا تتعلق إلا بالملک، کما هو الظاهر من الأدله الشرعیه، و علیه فلا محذور فی الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه علی القول بکونها مفیده للإباحه و أما الزکوات فلا شبهه فی تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه مع تمام النصاب، و مضی الحول علیه، و لا یفرق فی ذلک بین أن یکون المأخوذ بالمعاطاه ملکا للآخذ و بین عدمه لإطلاق الأدله، مثلا إذا اشتری أحد- بالبیع المعاطاتی- خمسا من الإبل، و لم یوجد مملک فی البین إلی أن مضی علیها حول کامل تعلقت بها الزکاه جزما و تکون العین مشترکه بین المالک و بین المستحقین للزکاه بناء علی تعلق الزکاه بالعین [۱]. نعم إذا کان عند الآخذ بالمعاطاه ما تعلقت به الزکاه و لکن کان أقل من النصاب إلا أنه وصل

- من المباحات- بداهه أنه لا مانع من أن یکون قسم خاص من المباح- الذی یجوز فیه مطلق التصرف حتی المتوقف منه علی الملک- فی حکم الملک، و

لا محذور فيه إلا الاستبعاد المحض، و هو بنفسه لا يصلح للمانعيه عن تعلق الأمور المزبوره بالمأخوذ بالمعاطاه.

و أما دعوى أن تعلق تلك الأمور بذلك مخالف للسيره، لقيامها على عدم تعلقها بغير الاملاک، فبملاحظه السيره يستكشف ملكيه المأخوذ بالمعاطاه فهى إن صحت كان القول بالملكيه حينئذ مستنده إلى السيره، لا إلى الاستبعاد، و لا الى لزوم مخالفه القواعد الشرعيه.

و لكن الظاهر أن غرض المصنف هو الاحتمال الأول: بديهه أن مقصود بعض الأساطين إنما هو استبعاد عدم تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه.

و قد تصدى المصنف لدفع هذا الاستبعاد و ليس غرض بعض الأساطين استبعاد تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه لكى يكون كلام المصنف مسوقا لرفع هذا الاستبعاد و إثباتا لتعلق تلك الأمور بذلک. هذا و اللّه العالم بالضمائر.

[۱] الذى يستفاد من الأدله أن الزكاه متعلقه بالعين و أن النصاب مشترک بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۵

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاه إليه فإنه لا تجب فيه الزكاه، بداهه أن ما هو مملوک للآخذ لم يصل إلى حد النصاب و المأخوذ بالمعاطاه ليس ملكا له على الفرض لكى يتم به النصاب.

و أما صفه الغنى المانعه عن أخذ الحقوق الشرعيه فهى غير متوقفه على الملک، بل كل من تمكن من مئونه نفسه و عياله سنه واحده- و لو من المباحات- فهو غنى.

و أما الاستطاعه فهى إنما تتحقق بكون المكلف واجدا- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحله، و بمالكيته لمئونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى و بأمن الطريق فى بعض الأخبار «۱». و من البين أن هذا المعنى من الاستطاعه كما يتحقق بالملک كذلک يتحقق بالمباحات أيضا التى منها المأخوذ

بالمعاطاه على القول بالإباحه، و قد انجلى مما بيناه أنه يصح تعلق حق النفقات و الديون بالمأخوذ بالمعاطاه.

و أما حق الشفعه فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاه لأنه استحقاق الشريك

المالك و بين المستحقين للزكاه، سواء أ كان الاشتراک على نحو الإشاعه أم كان ذلك على نحو الكلى فى المعين، و هذا الرأى هو المشهور بين الأصحاب رضوان اللّه عليهم. و هنا احتمالات أخر:

١- أن الزكاه متعلقه بالذمه من غير أن تتعلق بالعين رأسا.

٢- أن الزكاه متعلقه بالعين كتعلق حق الرهن بالعين المرهونه، فتكون حالها حال بيع العين المرهونه فى حال الرهانه، ثم فكها عن ذلك.

٣- أن الزكاه متعلقه بالعين كتعلق حق الجنايه بالعبد الجانى، و عليه فيكون بيعها التزاما بالزكاه فى الذمه كما أن المالك إذا باع عبده الجانى تعلق أرش الجنايه بذمته و من هنا اتضح لك الفارق بين الصورتين الأخيرتين.

---

(١) قد تقدم ذلك فى ص ٣٥.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٦

للحصه المبيعه فى شركته لكى يضمها إلى حقه. و المفروض أن المعاطاه لم تؤثر فى الملكيه بل فى الإباحه فقط. و عليه فلم يحصل النقل و الانتقال بالتعاطى حتى يثبت به حق الشفعه للشريك [١].

و أما حق المقاسمه و المفارزه فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف فى المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه.

و أما الإرث فهو أيضا لا يتوقف على الملك، بل موضوعه ما تركه الميت و من الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاه مما تركه الميت، فيكون لوارثه.

و يضاف إلى ذلك: أن موت أحد المتعاطيين يؤثر فى لزوم المعاطاه. و هذا واضح. و من هنا اتضح لك جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه. ضروره أنها تصير لازمه

بموت الموصی.

و أما ما ذكره من استلزام القول بالإباحه جريان الربا فی المباحات فهو من العجائب. بديهه أن مورد البحث فی المقام إنما هو المعاطاه الواجده لجميع شرائط البيع إلا الصيغه الخاصه. و عليه فإذا كانت المعاطاه ربويه لم تؤثر فی شی ء من الملكيه و الإباحه، لفسادها من ناحيه الربا، و إذن فلا إباحه فی المقام لكی يلزم جريان

---

[۱] نعم يظهر من المحقق الخراسانی أن حق الشفعه يتعلق بالمأخوذ بالمعاطاه و إن لم يصر ملكا للآخذ. و الوجه فی ذلک أن موضوع حق الشفعه إنما هو بيع أحد الشريكين حصته من غير شريكه، سواء أ كان ذلک مفيدا للملكيه أم كان مفيدا للإباحه. و يتوجه عليه.

أولا: أن ذلک خلاف الظاهر من أدله الشفعه إذ الظاهر منها اعتبار الملكيه فی متعلق حق الشفعه.

ثانيا: أن موضوع حق الشفعه إنما هو البيع كما اعترف به المحقق المذكور و من البين أن المعاطاه المفيده للإباحه خارجه عن حدود البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۷

الربا فيها. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ۴- ما ذكره بعض الأساطين من «كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر. مضافا إلى غرابه استناد الملک إلى التصرف».

و قال المصنف:

(و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه).

و وجه الظهور: أنه لما كان التصرف من جانب مملكا للمتصرف لزم كونه مملكا للجانب الآخر أيضا، الذی لم يصدر منه التصرف و إلا لزم اجتماع العوض و المعوض فی ملک المتصرف.

و عليه فكما أن الجمع بين الأدله يقتضی كون التصرف مملكا للمتصرف كذلک يقتضی كونه مملكا للطرف الآخر أيضا،

و مما ذكره بعض الأساطين: ۵- أن القول بالإباحه يستلزم مخالفه القواعد المتسالم عليها فی نواحی شتى:

الناحيه الأولى: كون التلف السماوی من جانب مملكا للجانب الآخر،

لاتفـاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطيين يملك لما بيـده من المأخوذ بالمعاطاه مع تلف بـدله من الجانب الآخر و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيـد الملك فلا محذور فيه و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه فيلزم أن يكون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر، بديهه أنه لم يحـدث فى المقـام إلاـ أمران، و همـا التعـاطى و التلف و المفروض أن الأول لا يفيـد إلا الإباحه، و عليه فلا بـد لنا إما من القول بكون التلف مؤثرا فى الملكيه فهو غريب، أو القول بحصول الملكيه بغير سبب فهو محال.

الناحيه الثانيه: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب،

بديهه أنه ملكيه لو حصلت بغير سبب لزم تحقق المعلول بدون علته. و إن حصل ذلک بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته، و من الـبين أن كليهمـا غير معقول. و إن قلنـا بحصول الملكيه مع التلف فهو بعيـد، إذ لاـ موجب للالـتزام بـالملكيه فى خصوص زمان التلف دون ما قبله. على أن زمان التلف هو زمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۸

انعـدام الملكيه، لا زمان حـدوثها، و من ذلک يظهر بطلان الالتزام بالملكيه بعـد التلف فان من الواضـح أن تملک المعـدوم غير معقول. على أن ذلـک لغو محض، إذ لاـ يترتب عليه أى أثر من آثـار الملكيه. و إن قلنـا بعـدم كون التـالف ملكا للآخـذ لزم أن يكون بـدله ملكـا للجـانب الآـخر مجانـا فهو غريب، و إذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكيه- فى البيع المعاطاتى- من أول الأمر.

الناحيه الثالثه: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين.

و عليه فلاـ يرجع كـل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمه لكى يكون لأحـدهما حق الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضـين، مع أن القاعده- على القول بعدم الملک- تقتضـى الضمان بالمثل أو القيمه، دون المسمى، بديهه أن الضمان بالمسمى يقتضى كون التالف ملكا للمتلف، و عليه فيعود الاشكال المتقدم: أعنى حصول الملكيه بلا سبب، أو بسبب التلف.

الناحيه الرابعه: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلک عنده.

فان قلنا بأن المعاطاه تفيـد الملكيه فلا محـذور فيه، لأن الغاصب يكون ضامنا للمغصوب منه. و إن قلنا بأنها تفيـد الإباحه فإن قلنا بأن الغاصب ضامن للمغصوب منه:

أعنى المباح له دون المالک الأصـلى الـذى هو المبيـح- لزم أن يكون الغصب أو التلف عنـد الغاصب مملكا. و هو غريب، و إن قلنا بعدم الملک و أنه ليس له حق المطالبه، و إنما هو ثابت للمبيح فهو بعيد، و مناف للسيره القطعيه.

و قـد أجاب المصـنف عن تلک النواحى غير الناحيه الأخيره بما حاصـله: أن دليل ضـمان اليـد يقتضـى كون كل من العوضـين

مضـمونا لمـالكه الأصـلى بعوضه الواقعى أعنى به المثـل أو القيمه. لكن مقتضـى الإجمـاع و السـيره على عـدم الضـمان بالعوض الواقعى يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنـده، و بضـميمه أصاله عـدم حصول الملكيه إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكيه قبل زمان التلف بآن، و عليه فالجمع بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۹

هذه الأدله يقتضى كون كل من العوضين ملكا لكل من المتعاطيين آنا ما قبل التلف، و حينئذ فيكون التلف موجبا لتعين المسمى من الجانبين. سواء فى ذلك كون التلف من جانب واحد و كونه من جانبين.

و السر فى الالتزام بالملكيه التقديريه: أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور و القول بعدم

الضمان بالمثل أو القيمه فى مورد التعاطى، و بين التخصص: أى الالتزام بحصول الملكيه- فى ذلک- من أول الأمر حفظا لعموم دليل اليد عن التخصيص. و قد حقق فى محله أنه كلما دار الأمر بين التخصيص و التخصص فيقدم الثانى. و عليه فمقتضى القاعده أن نحكم بحصول الملكيه- فى مورد المعاطاه من أول الأمر. و لكن الأصل المذكور يقتضى عدم تحقق الملكيه إلا آنا ما قبل التلف و عليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع.

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصيص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحيه الدليل الدال على ضمان اليد، بل غرضه من ذلک إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصيص، و إبقائه على عمومه. و أما الضمان بالمسمى فإنما يثبت بحصول الملكيه فى مورد المعاطاه. و إذن فلا يتوجه على المصنف ما ذكره السيد و هذا نصه: (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملا بعموم على اليد، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمه، لا المسمى، فمع فرض الإجماع على الملكيه لا بد من الالتزام بتخصيص قاعده اليد إذا لم نحكم بالملكيه من أول الأمر).

و أجاب المصنف عن الناحيه الأخيره بما هذا لفظه:

(و أما ما ذكره من صوره غصب المأخوذ بالمعاطاه فالظاهر- على القول بالإباحه- أن لكل منهما المطالبه ما دام باقيا، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملک بالتلف تلفه من مال المغصوب منه).

ثم قال:

(نعم لو لا قام إجماع كان تلفه من مال المالک لو لم يتلف عوضه قبله).

و غرضه من هذه العباره الأخيره: أنه لو لا الإجماع على الملكيه قبل تلف

العين كان مقتضى القاعده اختصاص الملک بالمطالبه، لأن

العين قد تلفت فی ملکه نعم لو تلفت العین الأخری قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبه، و وجهه ظاهر.

و لکن النسخه المشهوره هکذا

(نعم لو قام إجماع إلخ)

و علیه فغرض المصنف من هذه العباره: أنه إذا قام الإجماع علی عدم حصول الملکیه- فی البیع المعاطاتی- بتلف أحد العوضین- عند الغاصب، مع بقاء العوض الآخر- کان التلف فی ملک المالک الأصلی، فیکون له حق المطالبه من الغاصب، و لا یثبت ذلک الحق للمغصوب منه: أعنی المباح له. إلا أن هذا لیس بصحیح، بدیهه أن عدم کون التلف- عند الغاصب- مملکا لا یحتاج إلی الإجماع، بل یستغنی عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاه فی ملک مالکه الأصلی. و هذا واضح لا شک فیه.

و مما ذکره بعض الأساطین من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۶- أنه یجوز للآخذ بالمعاطاه أن یتصرف فی النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاه قبل التصرف فیه،

و علیه فجواز التصرف فی النماء إما من ناحیه أن حدوث النماء مملک للنماء، و إما من ناحیه أن المالک الأصلی قد أذن للمباح له أن یتصرف فی النماء، کإذنه فی التصرف فی أصله. و علی الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملک للنماء فقط، لا لأصله فهو بعید، إذ لا وجه للتفکیک- فی ذلک- بین النماء و أصله خصوصا فی النماء المتصل. علی أنه لم یعهد من مذاق الشارع المقدس أن یکون حدوث النماء فی العین من جمله الأسباب لتملک النماء. و إن قلنا بأن حدوث النماء مملک لنفسه و لأصله معا، أو قلنا بأنه مملک لأصله بالأصاله و لنفسه بالتبعیه فهو غریب، فان ذلک مناف لظاهر أکثر الفقهاء القائلین بعدم حصول الملکیه فی المأخوذ بالمعاطاه من دون التصرف فیه المتوقف علی الملک، و علی الثانی- و هو أن یکون التصرف فی النماء مستندا إلی إذن المالک- فشمول الاذن فی التصرف فی النماء

أمر خفى لا يمكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۱

الالتزام به، بديهه أن المالک الأصلى لم يأذن للمباح له إلا فى التصرف فى نفس المأخوذ بالمعاطاه، لا فى متفرعاته الحاصله بعد التعاطى. انتهى حاصل ما أفاده بعض الأساطين و قد أجاب عنه المصنف «ره» بوجهين:

الأول: أن حكم النماء- الحاصل من المأخوذ بالمعاطاه- حكم أصله، فكما أن الأصل ليس ملكا للآخذ، كذلک النماء. نعم يجوز للمباح له أن يتصرف فى النماء، كما كان له أن يتصرف فى أصله.

الوجه الثانى: أنه يمكن أن يكون النماء حادثا فى ملک المباح له بمجرد إباحه أصله: بأن يكون إباحه الأصل موضوعا لحكم الشارع بملكيه النماء انتهى ملخص كلامه فى الوجهين.

و لكن يتوجه على الأول: أن المالک الأصلى إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا فى التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه، كان تصرف المباح له فى النماء تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا.

و يتوجه على الثانى: أنه لا دليل على حدوث النماء فى ملک المباح له، إذ لم يحدث فى البين مملک لذلک النماء، و لا لأصله، و لا لهما معا. و لا يقاس هذا بما تقدم سابقا من تصوير ترتب الإباحه الشرعيه على التعاطى، مع قصد المتعاطيين الملكيه، لما عرفته من أن ذلک من ناحيه الجمع بين الأدله، و لا شبهه أن هذا لا يجرى فى المقام [۱].

---

[۱] قد أجاب المحقق النائينى عن بعض الأساطين بما هذا نص مقرره:

«فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله «ص» الخراج بالضمان أن يكون النماء ملكا له «المباح له» بناء على ما سيجى ء فى معنى الخبر. و حاصله: أن كل من تعهد ضمان شى ء بالتضمين المعاملى فمنافعه له. و

هذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الإباحه أو التمليک، فان مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن:

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۲

و يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقى:

۱- أن النماء و إن لم يصر ملكا للمباح له و لكن يجوز له التصرف فيه، بداهه أن الاذن فى التصرف فى شى ء يلازم عرفا الاذن فى التصرف فى توابعه و لوازمه فجواز التصرف فى النماء من لوازم جواز التصرف فى الأصل.

۲- أن يكون كل واحد من النماء و أصله ملكا للمباح له، ضروره أن المعاطاه بيع عرفى، فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و نفوذه. و لا ريب فى أن مقتضى ذلک إنما هو حصول الملكيه فى البيع المعاطاتى من أول الأمر.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۲۲

كما هو كذلک فى موار البيع بالصيغه و لكنا قد التزمنا بعدم حصول الملكيه فى مورد البيع المعاطاتى من ناحيه الإجماع. و من الظاهر أن الإجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، و هو قبل حصول النماء فى المأخوذ بالمعاطاه. و إذن فلا مانع من التمسک بتلک العمومات و الحكم بصيروره ذلک ملكا للآخذ بمجرد حصول النماء فيه.

و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ۷- أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه لزم منه «قصر التمليک على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالک فيه إذن فى التمليک. فيرجع إلى كون المتصرف فى تمليكه نفسه موجبا قابلا. و ذلک جار فى القبض، بل هو أولى منه، لاقترانه بقصد

- و معنى كون الشخص ضامنا لما يتملكه، أو لما أبيح له هو أنه لو تلف يكون دركه عليه، و يكون عوضه المسمى ملكا للطرف الآخر إلخ».

و النبوى مذكور فى سنن البيهقى

ج ۵ ص ۳۲۱.

و لكن يرد على المحقق المزبور أن النبوى المذكور ضعيف السند، و غير منجبر بشى ء على أنه لا تشمل موارد التضمين على نحو الإباحه. لأن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلى حق الرجوع إلى النماء، مع عدم كون الأصل ملكا للمباح له، و هو بعيد.

و أضف إلى ذلك أن الجواب المزبور التزام بالتفكيك بين الأصل و نمائه و هو غريب.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۳

التمليك دونه».

و يتوجه عليه: أنه لا مانع من اتحاد الموجب و القابل فى العقود، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم: أن الجمع بين الأدله يقتضى كون التصرف بنفسه مملكا للمتصرف بلا احتياج فى ذلك إلى إذن المالك الأصلى لكى يلزم منه اتحاد الموجب و القابل. و أما القبض فهو لا يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكا من جهه الجمع بين الأدله. و هذا بخلاف بعض أقسام التصرف، كالبيع و العتق و الوطى، فإن ذلك متوقف على الملك جزما. كما عرفته قريبا.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بالأصل

اشاره

هل الأصل فى المعاطاه و سائر العقود هو اللزوم، أم هو الجواز؟ الظاهر هو الأول و قد استدل عليه المصنف بوجوه شتى منها:

۱- أصاله اللزوم فى الملك،

اشاره

لأنا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطاتى ثم شككنا فى زواله بفسخ أحد المتعاطيين و عدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه.

و توضيح ذلك يقع فى نواحى ثلث: الناحيه الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصى، لا الكلى. الناحيه الثانيه: أنا لو سلمنا كونه كليا، إلا أنه لا محذور فى جريانه فى المقام الناحيه الثالثه: ما هو مقتضى القاعده فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كليا، و بين كونه شخصيا؟ ثم إن الكلام فى هذه النواحى مع الأغضاء عن عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه الإلهيه، و إلا فلا مورد للاستصحاب فى أمثال الموارد، على ما حققناه فى علم الأصول.

الناحيه الأولى: أن المراد من استصحاب الملكيه فى المقام هو الاستصحاب الشخصى،

لأن الملكيه لها حقيقه واحـده فإذا ترتبت على البيع و نحوه من العقود المعاوضـيه و شـككنا فى بقائها و زوالها حكمنا ببقائها من ناحيه الاستصحاب.

و ليست لهذه الملكيه حقائق متعدده لكى يكون استصـحابها كليا، و أما التزلزل و الاسـتقرار فليسا من ناحيه الاختلاف فى حقيقه الملـك و مـاهيته، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز فسـخ العقـد و عـدمه. و منشأ هـذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التى هى موضوع لحكم الشارع بالملكيه لا اختلاف حقيقه الملك.

و بتعبير آخر: أن مورد الاستصـحاب الكلى ما يكون المشكوك فيه مرددا بين الفرد الزائل و الفرد الباقى بحيث يكون الشك من ناحيه تردد المشـكوك فيه بينهما، فإنه حينئـذ يستصـحب الكلى الجامع بين هـذين الفردين، و مثال ذلك: الحيوان المردد بين ما يعيش سنه، و ما لا يعيش إلا يوما واحدا. و كالحدث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء، و الأكبر الذى لا يرتفع إلا بالغسل، و

غیر ذلک من الأمثله.

و أما لو کان الشک من ناحیه بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه فی نفسه، لا من ناحیه کون الحادث مرددا بین الزائل و الباقی فإن المورد حینئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصی، و ذلک کالشک فی بقاء الأمور الشخصیه و زوالها. و لا شبهه أن الملکیه من القبیل الثانی، مثلا إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته و شککنا فی أنها هبه جائزه لکی تنفسخ بالفسخ، أو هبه لازمه حتی لاـ تزول بالفسخ إذا شک فی ذلک استصحبنا الملکیه، لأـن الشک فی بقاء شخص الملکیه و زوالها من ناحیه احتمال اقترانها بالرافع، لا من جهه تردد هذه الملکیه بین الفرد الزائل و الفرد الباقی.

و من الواضح أنه لو کان مجرد الشک فی بقاء شی ء و زواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الکلیه لکان جل الاستصحابات لو لم یکن کلها من قبیل الاستصحاب الکلی و هو واضح البطلان. و اذن فلا یتوجه علی استصحاب الملکیه فی المقام

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۵

ما یتوجه علی الاستصحاب الکلی من المناقشات [۱].

---

[۱] قیل: إنا نری بالعیان، و نشاهد بالوجدان أن سبب الملک اللازم- کالبیع- یغایر سبب الملک الجائز- کالهبه- تغایرا حقیقا و علیه فلو کانت الملکیه الحاصله منهما حقیقه واحده، و ماهیه فأرده لزم من ذلک تأثیر ماهیات کثیره فی ماهیه واحده، و هو محال. و إذن فالملک الجائز، و الملک اللازم مختلفان نوعا، لاختلاف سببهما. و علی هذا فاستصحاب الملکیه مع الشک فی زوالها و بقائها من الاستصحابات الکلیه، لا الشخصیه.

و أجاب عنه بعض المحققین من المشایخ، و إلیک لفظه: أن (اختلاف السبب بما هو سبب کاشف قطعی عن اختلاف المسبب.

و أما اختلاف ذات السبب فلا، لإمكان تأثير السببين بجامعهما أثرا واحدا، و هو الملك، و بخصوصيتهما حكمين مختلفين و هما اللزوم و الجواز).

و فيه أن إمكان تأثير الأسباب العديده بجامعهما أثرا واحدا لا يكفى فى إثبات اتحاد المسبب لكى نستصحبه بشخصه مع الشك فى بقائه و زواله و التحقيق: أن الجواب عن المناقشه المزبوره بوجهين:

١- أن فى إطلاق السبب على عنوان المعامله مسامحه واضحه، إذ لا تأثير له فى الملكيه بوجه، غير أنه موضوع للملكيه الشرعيه أو العقلائيه. و لا شبهه أن هذه الملكيه تتشخص باعتبار المعتبر، و اذن فالملكيه المترتبه على عنوان المعامله ملكيه شخصيه. فإذا شک فى بقائها و زوالها استصحبناها.

و بتعبير آخر: أنه قد يراد من الملک مفهومه القابل للصدق على جميع أفراد الملک. و لا ريب فى أنه کلى، و لكنه خارج عن محل البحث، بداهه أن المترتب على المعامله ليس هو المفهوم، بل مصداقه.

و قد يراد به ما اعتبره المنشئ فى عالم الاعتبار، و أظهره بمبرز خارجى. و لا شبهه فى أن هذا جزء من عنوان المعامله- كالصلح و الهبه و البيع- ضروره-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢۶

ثم إن المصنف «ره» قد أيد ما أفاده من أن اللزوم و الجواز من أحكام السبب المملک، لا من خصوصيات الملكيه- بما حاصله:

أنه لو كان اللزوم و الجواز من ناحيه حقيقيه الملک لكان تخصيص القدر المشترک بإحدى الخصوصيتين إما بجعل المالک، أو بحكم الشارع، و على الأول فيلزم تأثير قصد المالک فى الرجوع و عدمه، و هو واضح البطلان. و على الثانى فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو أيضا بديهى الفساد، لما عرفته فيما تقدم قريبا

من أن العقود تابعه للقصود، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ.

نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ.

و لكنه غريب عن قاعده تبعيه العقود للقصود.

و لكن يرد عليه أن الملكيه المنشئه فی كل عقد إنما هو ملكيه أبديه فی غير موارد جعل الخيار، و ذلک لما بيناه فی محله من استحاله الإهمال فی الواقعيات،

أنها عباره عن الاعتبار النفسانی المظهر بمظهر خارجی. و لا شک فی أن المعتبر النفسانی ليس إلا أمرا شخصيا.

و قد يراد من الملک الملكيه الشرعيه. و بديهی أنها ليست إلا إمضاء لما اعتبره المنشئ، فتكون شخصيه بشخصيه ما اعتبره المنشئ. و عليه فإذا شک فی بقائه كان استصحابه من الاستصحاب الشخصی.

۲- أن اختلاف الملكيه فی اللزوم و الجواز انما هو باختلاف المصالح التی دعت الی اعتبار الملک لازما تاره. و جائزا تاره أخری، و من البديهی أن هذا أجنبی عن نفس الملكيه التی هی أمر اعتباری محض.

و قد تجلی لک من ذلک فساد ما قيل من أن الملكيه المترتبه علی المعاملات و ان كانت شخصيه و لكنها ذات مراتب شتی، فتكون كليه من هذه الناحيه و اذن فالاستصحاب الجاری فيها استصحاب كلی لا شخصی.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۷

و عليه فالمجعول فی الواقع إما مطلق أو مقيد، و بما أنه غير مقيد علی الفرض لعدم جعل الخيار فيه، فلا مناص عن كونه مطلقا، و إذن فيلزم من إمضاء الشارع العقد مقيدا تخلف العقد عن القصد، سواء أ قلنا بأن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملكيه، أم قلنا بأنهما من أحكام السبب المملک. و لكن لا محذور فی تخلف

العقد عن القصد.

و قد وقع نظيره فی موارد شتی- كبيع الصرف و السلم و غيره- و قد أشرنا إلی ذلك فی البحث عن كلام بعض الأساطين:

الناحيه الثانيه: أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الكلی و لكن لا محذور فی جريانه فی المقام،

لأنه من القسم الثانی من أقسام استصحاب الكلی الذی أثبتنا حجيته فی مبحث الاستصحاب من علم الأصول. و قد أشار المصنف إلی جريانه هنا

بقوله: (مضافا إلی إمكان دعوی كفايه تحقق القدر المشترك فی الاستصحاب فتأمل).

و قد ناقش فيه المحقق الخراسانی بما هذا نصه: (لا مجال لدعوی الكفايه علی مختاره من عدم حجيه الاستصحاب مع الشك فی المقتضی. كما لا شبهه فی صحتها علی ما هو المختار من حجيته).

و ذكر السيد: (أن ما ذكره المصنف (قده) لا وجه له فيما إذا كان الشك فی المقتضی أصلا، إذ حينئذ لا ارتفاع حتی يقال: إن الشك فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلا و الأصل عدمه).

و لكن التحقيق: أن ما نحن فيه ليس من موارد الشك فی المقتضی لكی يتوجه علی المصنف منافاه ما ذكره هنا لما بنی عليه فی الأصول.

و تحقيق: المقام و بيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك فی المقتضی: أن الاحكام المجعوله علی ثلاثه أقسام:

۱- ما يكون معلوم الدوام فی نفسه ما لم يطرأ عليه رافع، كالملكيه و الزوجيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۸

و الطهاره و النجاسه و غيرها من الأمور الاعتباريه، فإنها بنفسها مقتضی للبقاء ما لم يطرأ عليه رافع.

۲- ما يكون مغيا بغايه معينه بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغايه من غير أن يكون له استعداد البقاء فی عمود الزمان، كالزوجيه المنقطعه، فإن ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلی عروض عارض له.

۳- ما يكون مشكوك الغايه، كما

إذا تحققت زوجيه بين رجل و امرأه، و لم يعلم كونها دائميه أو منقطعه.

أما القسم الأول فلا شبهه فى أن الشک فى بقائه من قبيل الشک فى الرافع فيجرى فيه الاستصحاب على مسلک المصنف و غيره.

و أما القسم الثالث فلا شبهه فى أن الشک فيه من قبيل الشک فى المقتضى فلا يجرى فيه الاستصحاب على مسلک المصنف، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضيا للبقاء و قابلا للجرى العملى على طبقه، لاحتمال كونه محدودا بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشک فى بقائه من مصاديق نقض اليقين بالشک. و هذا الذى ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده فى فرائده حول هذا البحث، مع ما ذكره فى مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فورى، أم لا. و لكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام.

و أما القسم الثانى فمع العلم بتحقق الغايه لا مجال لأن يجرى فيه الاستصحاب.

كما أنه لا شبهه فى جريان الاستصحاب فيه مع الشک فى بقائه قبل تحقق الغايه، لأن ذلک من موارد الشک فى الرافع.

و إذا شک فى حصول الغايه فحينئذ قد يكون الشک فيه من ناحيه الشبهه الحكميه، كالشک فى أن الغايه لوجوب صلاتى المغرب و العشاء هل هى نصف الليل أم هى طلوع الفجر و قد يكون الشک فى ذلک من ناحيه الشبهه المفهوميه، كالشک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۹

فى أن الغروب الذى جعل غايه لوجوب صلاتى الظهر و العصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمره المشرقيه. و قد يكون الشک فى ذلک من ناحيه الشبهه الموضوعيه كالشک فى طلوع الشمس الذى جعل غايه لوجوب صلاه

الصبح.

أما القسمان الأولان فالشک فی موردهما من الشک فی المقتضی فلا یجری فیهما الاستصحاب علی مسلک المصنف.

و أما الثالث فلا شبهه فی جریان الاستصحاب فیه، لأن الشک فی طلوع الشمس و عدمه و إن لم یکن شکا فی الرافع حقیقه، إذ الرافع إنما یکون زمانیا، لاـ نفس الزمان و لکنه بمنزله الرافع فی أنظار أهل العرف. و إذن فیکون ذلک مشمولا لأدله حجیه الاستصحاب هذا. و تفصیل الکلام فی مبحث الاستصحاب من علم الأصول.

و المتحصل من جمیع ما ذکرناه: أنا لو سلمنا عدم کون استصحاب الملکیه من الاستصحاب الشخصی. و لکنه من قبیل القسم الثانی من أقسام الاستصحاب الکلی الذی لا شبهه فی جریانه. و لیس ذلک من موارد الشک فی المقتضی لکی یحکم بعدم جریان الاستصحاب فیه بناء علی مسلک المصنف.

ثم إن المناقشات المتوجهه علی القسم الثانی من أقسام الاستصحاب الکلی و إن کانت کثیره. و لکن المهم منها أمران:

۱- أن وجود الکلی بوجود فرده، و عدم الکلی بعدم فرده. و علیه فالکلی فی ضمن الحصه الزائله مقطوع الزوال. و هو فی ضمن الحصه الأخری مشکوک فیه من أول الأمر. و إذن فالکلی مردد بین مقطوع الزوال و مشکوک الحدوث و الجواب عن ذلک:

أن وجود الکلی لیس إلاـ عین وجود فرده. غایه الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شی ء. و الکلی ملحوظ لا بشرط: أی عاریا عن الخصوصیات الفردیه و المشخصات الوجودیه. و علیه فإذا کان وجود الکلی أمرا یقینیا، و کان التردد فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۰

خصوصیاته صح أن یقال: إنه متیقن الوجود، و یشک فی بقائه. و إذن فتکون أرکان الاستصحاب فی نفس الکلی تامه.

۲- أن الشک فی بقاء الکلی،

و فی ما هو القدر المشترک بین الفردین مسبب عن الشک فی حدوث الفرد الذی یبقی معه القدر المشترک علی تقدیر حدوثه. و إذا حکم بأصاله عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترک، بدیهه أن الأصل السببی حاکم علی الأصل المسببی علی ما حقق فی محله. و الجواب عنه:

أن الشک فی بقاء الکلی و ارتفاعه لیس مسببا عن الشک فی حدوث ذلک الفرد الذی نشک فی حدوثه. بل إنما هو من لوازم کون الحادث ذلک الفرد الذی لا یحتمل بقاؤه، أو الفرد الذی لا یحتمل ارتفاعه. و من الواضح أنه لیس هنا أصل یعین أحدهما.

و مثال ذلک: أنه إذا تردد الحدث الصادر من المکلف بین الأکبر و الأصغر ثم توضأ فإنه حینئذ یشک فی ارتفاع ذلک الحدث و بقائه. و علیه فلا یترتب علی أصاله عدم حدوث الأکبر ارتفاع کلی الحدث إلا بضمیمه القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر. و من البین أن هذا لا یثبت بأصاله عدم حدوث الأکبر.

و أضف إلی ذلک: أن أصاله عدم حدوث أی واحد من الفردین معارض بدء بأصاله عدم حدوث الفرد الآخر. و تسقطان بالمعارضه. فیبقی استصحاب کلی الحدث سلیما عن المعارض. و فی المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملکیه یعارض استصحاب عدم الفرد الجائز منها الذی یرتفع بالفسخ. فیسقطان للمعارضه. فیرجع إلی استصحاب نفس الکلی الذی هو متیقن سابقا، و مشکوک فیه لاحقا. و لعل المصنف رحمه اللّه قد أشار إلی هذین الإشکالین مع جوابهما بالأمر بالتأمل.

الناحیه الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جریان الاستصحاب فی القسم الثانی من الکلی،

و شککنا فی أن الاستصحاب فیما نحن فیه هل هو من الاستصحاب الشخصی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۱

لکی یحکم بجریانه، أم هو من الاستصحاب الکلی لکی یحکم

بعدم جريانه، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب فى الكلى هو المناقشه الأولى المتقدمه قريبا-: أعنى بها تردد الكلى بين كونه فى ضمن الفرد الذى لا يحتمل بقاؤه، و بين كونه فى ضمن الفرد الآخر الذى هو مشكوك الحدوث من الأول فلا- يجرى الاستصحاب هنا، لأنه إذا خرج القسم الثانى من الكلى عن أدله الاستصحاب و شككنا فى أن المورد من القبيل الخارج، أو من القبيل الباقى تحت العام، كان التمسك بعموم تلك الأدله تمسكا بالعموم فى الشبهه المصداقيه. و هو لا يجوز على ما حقق فى محله.

و إن كان المانع عن ذلك هو المناقشه الثانيه المتقدمه أيضا-: أعنى بها حكومه الأصل السببى عليه- فلا مانع عن استصحاب الملكيه، لأنه إن كان الاستصحاب كليا فالمانع موجود: و هو الأصل الحاكم. و إن كان شخصيا فالمانع غير موجود.

و حينئذ فيقع الشك فى وجود المانع عن استصحاب الملكيه، و عدم وجوده. و من البين الذى لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع عن جريان الأصل المحكوم و إذن فلا مانع عن استصحاب الملكيه فى المقام. و لعل هذا هو مراد المصنف من

قوله: (مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشك فى أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك)

بل هذا هو أمس بكلامه، فان الإيراد المهم على جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى هو الإيراد الثانى.

و يمكن أن يكون غرضه من هذه العباره: أن المنع عن جريان استصحاب الملكيه مبنى على إحراز أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك و من الظاهر أنا إذا لم نحرز ذلك لم يكن مانع عن الاستصحاب المذكور.

و قد ذكر

شیخنا الأستاذ بما حاصله: أن المورد و إن کان من موارد التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه، إلا أنه لا بأس به فی المقام، بداهه أن المانع عن جریان الاستصحاب فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۲

القسم الثانی من أقسام الکلی إنما هو العقل من ناحیه أن الکلی إن کان فی ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن کان فی ضمن الفرد الآخر فهو مشکوک الحدوث و علیه فإذا شککنا فی مورد أنه من مصادیق الاستصحاب الشخصی لیجری فیه الاستصحاب، أو من مصادیق الاستصحاب الکلی لکی لا یجری فیه ذلک، حکمنا بجریانه فیه، ضروره أن المخصص لعموم لا تنقض الیقین بالشک دلیل لبی فیقتصر فیه بالأفراد المتیقنه، و یتمسک فی غیرها بعموم أدله الاستصحاب انتهی ملخص کلامه. و الجواب عن ذلک:

أن هذه الکبری التی أفادها و إن کانت مسلمه فی نفسها علی ما نقحناه فی علم الأصول، و لکنها لا تنطبق علی ما نحن فیه، بداهه أن التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه فیما إذا کان هناک فرد معلوم، و دار أمره بین دخوله فی أفراد المخصص، و عدم دخوله فی ذلک من ناحیه شبهه خارجیه. کما إذا ترددت الید الموضوعه علی مال الناس بین کونها ید ضمان و کونها ید أمانه. و کالماء المردد بین کونه معتصما، و کونه غیر معتصم و کالعام المردد بین دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثله من صغریات التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه. و أما إذا شک فی صدق عنوان العام علی فرد فهو لیس من موارد التمسک بالعام قطعا. و المقام من هذا القبیل.

و السر فی ذلک: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد

القضـيه المـتيقنه مع القضـيه المشـكوكه لكى يكون رفع اليـد عن اليقين السـابق من نقض اليقين بالشـك. و من الظـاهر أن هـذا المعنى لم يحرز فى المقام، إذ بناء على المناقشه الأولى التى وجهوها على الاستصـحاب الكلى كانت القضـيه المتيقنه غير القضيه المشـكوكه. فـإذا احتمل كون الاستصـحاب من الاستصـحاب الكلى لم يمكن التمسك بأدله الاستصـحاب، لعـدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك.

ثم إنه ذكر السيد فى حاشيته: (أن التحقيق إمكان استصحاب الفرد الواقعى المردد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۳

بين الفردين، فلا حاجه إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا).

و يرد عليه: أنه إن كـان المراد من الفرد المردد مـا هو مردد فى الواقع حتى فى علم اللّه (تعالى) فهو بـديهى البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد فى أى وعـاء مـن الأوعيه. و إن كـان المراد منـه الموجـود المعين على تردده: بمعنى أن المستصـحب هـو الوجـود الخارجى مع قطع النظر عن الخصوصيات المفرده فهو عين الكلى، لا شى ء آخر وراءه.

قوله: (و كذا لو شك فى أن الواقع فى الخارج هو العقد اللازم، أو الجائز، كالصـلح من دون عوض و الهبه. نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجمله).

أقـول حاصـل كلامه: أنه كمـا تجرى أصـاله اللزوم فى أى عقـد شـك فى لزومه و عـدمه. كـذلك تجرى فى أى عقـد وقع فى الخارج، و شك فى أنه من القسم الجائز أو اللازم، لأنه حينئـذ يشك فى أن العقـد الموجود فى الخارج هل يرتفع بالفسخ، أم لا يرتفع بـذلك فيستصـحب بقاؤه. و تثبت به نتيجه اللزوم. و عليه فتأثير الفسخ فى العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز، و إلا فلا يؤثر فيه الفسخ. و

هذا واضح لا شک فیه.

و مثال ذلک: أنه إذا وقع عقد فی الخارج، و دار أمره بین الصلح بلا- عوض لکی یکون لازما، و بین الهبه غیر المعوضه لکی یکون جائزا، إذا کان کذلک فان کان النزاع هنا فی لزوم العقد و جوازه من غیر نظر إلی عنوانی الصلح و الهبه بأن یدعی أحد المتعاقدین لزوم العقد، و یدعی صاحبه جوازه- فیجب تقدیم دعوی مدعی اللزوم، لأن دعواه موافقه للأصل فیکون منکرا. و إن کان النزاع فی أن الواقع فی الخارج هل هو الصلح بلا- عوض، أم هو الهبه غیر المعوضه فیحکم بالتحالف إذ لا- أصل لنا فی المقام حتی یعین أحد الأمرین. و الجواب عن ذلک:

أولا: أن هاتین الصورتین کلتیهما من صغریات المدعی و المنکر، لا التداعی ضروره أن مصب الدعوی فیهما لیس إلا اللزوم و الجواز، لا کل واحد من عنوانی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۴

الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوی الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثیر الفسخ فیه. کما أن الغرض من دعوی الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثیر الفسخ فیه. و إذن فمرجع النزاع فی المقام إلی اللزوم و الجواز. فیکون ذلک خارجا عن مورد التداعی.

و بتعبیر آخر: أن النظر فی باب المرافعات إنما هو إلی الغرض الأقصی، و إلی النتیجه المترتبه علی الدعوی. و علیه فان کان قول کل من المترافعین موافقا للأصل من ناحیه، و مخالفا له من ناحیه أخری فهو من موارد التداعی. و إن کان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعی و المنکر. و أما کیفیه ترتیب الدعوی من دون أن تکون هذه الکیفیه موردا للغرض فلا

يترتب عليها أثر مهم فى باب المرافعات. و إذن فلا ثمره لإثبات أن العقد الموجود فى الخارج صلح بلا عوض، أو هبه غير معوضه.

ثانيا: أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأى واحد من عنوانى الصلح و الهبه، و لكن لا نسلم انتهاء الأمر إلى التحالف، إذ يترتب الأثر على الأصل الجارى فى ناحيه الهبه و هو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبه، ضروره أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبه و من الظاهر أن أصاله عدم كون العقد- الواقع فى الخارج- هبه تنفى ذلك ابتداء، و تثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقه، بلا احتياج إلى الواسطه العقليه فى ترتب الأثر. و أما الأصل الجارى فى ناحيه الصلح فلا يترتب عليه جواز الرجوع إلا على القول بالأصل المثبت، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقليه لعدم الصلح. و من البين أنه لا معارضه بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعى على أحدهما دون الآخر [١].

---

[١] قد ذكر المصنف فى خلال كلماته عند التكلم على أصاله اللزوم ما هذا لفظه: «بل ربما يزاد استصحاب بقاء علقه المالك الأول». و لم يتعرض لجوابه.

نعم تعرض لهذا الاشكال، و جوابه فى أوائل مبحث الخيارات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٥

الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل السلطنه

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٢- قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم. البحار ج ١ ص ١٥٤

- و التحقيق: أنه إن كان المراد من العلقه المالكيه هو الملكيه فلا شبهه فى ارتفاعها بالبيع المعاطاتى. و ليست هنا ملكيه اخرى لكى نستصحبها، و إلا لزم اجتماع المالكين فى ملك واحد.

و ان كان المراد منها هو جواز الرجوع الى العين، و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاه فلا ريب فى أن ذلك

لم يكن موجودا سابقا، و أنه مشكوك الحدوث فعلا، فالأصل يقتضى عدمه، دون بقائه و ان كان المراد منها أن الملكيه الثابته للمالك لها مراتب شتى التى لم يعلم زوال جميعها بالبيع المعاطاتى، بل من المحتمل القريب أن الملكيه إذا زالت بحدها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه. كما أن الألوان تزول مرتبتها القويه و تبقى مرتبتها الضعيفه. ان كان المراد من بقاء علقه المالك هو ذلك فيرد عليه:

أولا: أن الملكيه من أيه مقوله كانت- جده أو اضافه- ليست قابله للشده و الضعف حتى تعتبر بحدها الضعيف تاره. و بحدها القوى تاره أخرى، بل هى أمر بسيط، فإذا زالت زالت بأصلها.

ثانيا: أنا لو سلمنا كون الملكيه الحقيقيه ذات مراتب لكنا لا نسلم جريان ذلک فى الملكيه الاعتباريه، بداهه أن اعتبار أيه مرتبه منها مغاير لاعتبار مرتبتها الأخرى. و عليه فإذا زال اعتبار المرتبه القويه لم يبق بعده اعتبار آخر.

و ان كان المراد من بقاء علقه المالک هو بقاء سلطنته و قدرته على التصرف فى العين و عدم جواز مزاحمته فى تصرفاته فى ذلک إذ الملكيه و السلطنه أمران متغايران. و لذا ينفک أحدهما عن الآخر كما سيأتى، فيتوجه عليه أن السلطنه و ان-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۶

و بيان الاستدلال بذلک على لزوم المعاطاه: أنک قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاه تفيد الملكيه. و من الظاهر أن الملكيه لا تنفک عن السلطنه الفعليه على التصرف فى المملوک بأنحاء التصرفات إلا مع قيام الدليل الخارجى على الانفكاک- كما فى موارد الحجر و عليه فسلطنه كل مالک تقتضى بقاء ماله فى ملكه، و لا يجوز لغيره أن يزاحمه فى تصرفاته، و يخرجه عن ملكه، فان ذلک مناف

لسلطنه المالک الفعلیه.

و من هنا یندفع ما توهم من أن غایه ما یستفاد من الحدیث أن المالک له السلطنه علی ماله فعلا. و هذا لا ینافی زوالها برجوع المالک الأصلی إلی ما أعطاه لصاحبه

- کانت مغایره للملکیه، و لکن التغایر بینهما من قبیل تغایر الحکم و موضوعه لأن الملکیه موضوع للسلطنه، و اذن فتدور السلطنه مدار موضوعها. نعم قد ینفک أحدهما عن الآخر لدلیل خاص و لذا أن المحجور مالک، و لکنه ممنوع عن التصرف فی ماله لسفه أو جنون أو صغر أو فلس. و أیضا أن الحاکم و الولی و الوصی لهم السلطنه علی أشخاص خاصه. و لکنهم لیسوا بمالکین، قیل:

ان المتیقن فی المقام انما هو سقوط الملکیه، و أما السلطنه الثابته للمالک فزوالها مشکوک فیه فنستصحبها. و الجواب عن ذلک:

أن قوام الاستصحاب انما هو باتحاد القضیه المتیقنه، و القضیه المشکوکه، و من الواضح أنه لا اتحاد بینهما فی المقام، لأن القضیه المتیقنه انما هی السلطنه المترتبه علی الملک ترتب الحکم علی موضوعه، کما عرفته قریبا. و القضیه المشکوکه انما هی السلطنه العاریه عن الملک، إذ المفروض زوال الملکیه بالمعامله المعاطاتیه.

و أضف الی ذلک: أن استصحاب السلطنه یقتضی ثبوتها للمالک الأول: بأن یکون له التصرف فی العین. و لا ریب فی أن هذا لا یفیدنا شیئا، لأن غرضنا إثبات العلقه للمالک الأول بحیث تسلب بها مالکیه المتعاطی. و لا شک فی أنه لم یکن للمالک الأول هذه السلطنه من أول الأمر. و اذن فلا یکون استصحاب السلطنه حاکما علی أصاله اللزوم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۷

بالبیع المعاطاتی. نعم یمکن إثبات الملکیه للمالک الثانی بعد رجوع المالک الأول إلی العین بالاستصحاب إلا أنه

رجوع عن التمسک بدلیل السلطنه إلی التمسک بالأصل الذی تقدم البحث عنه تفصیلا.

و وجه الاندفاع أن الحکم بعدم جواز انتزاع ملک المالک الثانی إنما هو بهذه السلطنه الفعلیه. و لا شبهه فی أنها مانعه عن تأثیر رجوع المالک الأول فی إزاله ملکیته.

و علی هذا فلا نحتاج إلی الاستصحاب لکی یکون ذلک رجوعا عن التمسک بدلیل السلطنه إلی التمسک بالاستصحاب.

و یتوجه علی هذا الاستدلال أولا: أن النبوی المذکور ضعیف السند و غیر منجبر بشی ء، و لا أنه مذکور فی کتب الشیعه إلا مرسلا. و من البین أنا لا نعتمد علی المراسیل فی شی ء من الأحکام الشرعیه.

ثانیا: أن المقصود من النبوی المذکور بیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فی تلک الجهات. و لیس لغیره أن یزاحمه فی ذلک.

و علیه فلا دلاله فی الحدیث علی استقلال الملاک فی التصرف فی أموالهم من جمیع الجهات. و بأی تصرف من أنحاء التصرفات. و أیضا لا دلاله فیه علی استمرار السلطنه الفعلیه للمالک و بقائه حتی بعد رجوع المالک الأول فی مورد المعاطاه. و قد تقدم تفصیل ذلک عند الاستدلال علی إفاده المعاطاه الملکیه.

الاستدلال علی لزوم المعاطاه بحرمه التصرف فی مال غیره

و مما استدل به المصنف علی لزوم المعاطاه:

۳- قوله (ع) لا یحل مال امرئ إلا عن طیب نفسه [۱]. و وجه

---

[۱] فی الاحتجاج ص ۲۶۷ عن أبی الحسین محمد بن جعفر الأسدی عن أبی جعفر محمد بن عثمان العمری (ره) عن صاحب الزمان عجل اللّه فرجه قال: «فلا یحل-

الاستدلال به علی ذلک: أن سبب حلیه التصرف فی أموال الناس إنما هو منحصر برضی المالک فلا یحل شی ء من التصرفات المالکیه

فیها إلا باذنه و رضاه. قیل:

إن المستفاد من الروایه إنما هو حرمه التصرف فی أموال الناس بدون رضاهم.

و لا ریب فی أنه بعد رجوع المالک الأول إلی ما أعطاه لصاحبه بالمعاطاه لم یبق موضوع لحرمه التصرف فی مال غیره. و الجواب عنه:

أن تعلق عدم الحل بمال غیره یشمل التملک أیضا. و من الواضح أنه لا معنی

- لأحد أن یتصرف فی مال غیره بغیر إذنه».

و فی الوسائل ج ۱ باب ۳ من أبواب مکان المصلی: عن سماعه عن أبی عبد اللّه (ع) فی حدیث: أن رسول اللّه (ص) قال: من کانت عنده أمانه فلیؤدها الی من ائتمنه علیها، فإنه لا یحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطیبه نفس منه، موثقه بزرعه و سماعه الواقفین.

و عن تحف العقول عن رسول اللّه (ص): أنه قال فی خطبه حجه الوداع:

أیها الناس إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ. و لا یحل لمؤمن مال أخیه إلا عن طیب نفس منه. مرسله.

و فی المستدرک ج ۱ ص ۲۲۲: عن عوالی اللئالی عن رسول اللّه (ص) قال:

المسلم أخو المسلم. لا یحل ماله إلا عن طیب نفسه مرسله. و عنه (ص) قال: لا یحلبن أحدکم ماشیه أخیه إلا بإذنه. مرسله.

و فی فروع الکافی ج ۱ ص ۴۲۶ عن محمد بن زید الطبری قال: کتب رجل من تجار فارس من بعض موالی أبی الحسن الرضا (ع) یسأله الاذن فی الخمس فکتب إلیه بسم اللّه الرحمن الرحیم. لا یحل مال إلا من وجه أحله اللّه. مرسله. أقول هذه هی الروایات التی تدل علی حرمه التصرف فی مال غیره بدون اذنه و أما ما نقله المصنف فی المتن من انه «لا یحل مال امرئ إلا عن طیب

نفسه» فلم نجده على هذه الكيفيه فى كتب الحديث و يحتمل قريبا وقوع السقط فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۹

لحرمه التملك إلا فساده و عدم تأثيره فى الملكيه. و عليه فمفاد الروايه أنه لا يحل التصرف فى مال أحد و لا تملكه بأى سبب من الأسباب إلا بطيب نفسه.

و لكن يتوجه على الاستدلال المزبور: أن الحل فى اللغه هو الإطلاق و الإرسال.

و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و قد تقدم فى البحث عن إفاده المعاطاه الملكيه أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كلتيهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل فى خصوص الحليه الوضعيه أو التكليفيه. كذلك يصح استعماله فيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا: إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتباريه- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعى و التكليفى معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجيه أريد منه الحل التكليفى فقط: أعنى به الترخيص فى الفعل. كقوله (تعالى) (وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبٰاتِ) «۱» و هكذا الحال فى لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحل فى الروايه الشريفه إنما نسب الى المال. و هو إما من الأعيان الخارجيه، أو من المنافع. و على كلا التقديرين فلا معنى لحليه ذلك إلا باعتبار ما يناسبه- كالتصرف- و إذن فيراد من حليه المال حليه التصرف فيه. كما أن المراد من حليه المأكولات حليه استعمالها و هكذا فى كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الروايه: أن الشارع المقدس لم يرخص فى التصرف فى مال امرئ إلا بطيب نفسه. و إذن فهى أجنبيه عما نحن فيه.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بآيه التجاره عن تراض

و مما استدل

به المصنف (ره) على لزوم المعاطاه:

۴- قوله (تعالى) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» «۲» و ملخص كلامه: أن الاستدلال بهذه الآيه على لزوم البيع المعاطاتى- بل على لزوم مطلق التجاره عن تراض- تاره بعقد

---

(۱) سوره الأعراف. الآيه: ۱۵۷.

(۲) سوره النساء. الآيه: ۳۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۰

المستثنى: و هو قوله (تعالى) إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. و اخرى بعقد المستثنى منه: و هو قوله (تعالى) لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ أما العقد الأول فمفاده: أنه لا يجوز لأحد أن يتملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطله التى لم يمضها الشارع- كالقمار و الغزو و البيع الربوى و بيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و أشباه ذلك- إلا أن يكون هذا السبب تجاره عن تراض. و على هذا فالأكل فى الآيه الشريفه كنايه عن التملك و التصرف. كما هو المتعارف فى كلمات الفصحاء، بل فى كل لغه. و إذن فتدل الآيه على أن حليه تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحه منحصره فى التجاره عن تراض، فأن غيرها من أسباب المعاملات التى منها التملك بالفسخ فاسده. و لا يفرق فى انفهام الحصر من الآيه الشريفه بين كون الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه- و بين كونه منقطعا. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآيه على كون المعاطاه مفيده للملك.

و أما العقد الثانى فمفاده: أن تملك أموال الناس بغير رضى منهم تملك بالباطل عرفا و شرعا. إلا أن يأذن به الشارع الذى هو المالك الحقيقى، و عليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلا له بالباطل، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعى:

بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ و نحوه من دون رضى المالك. و حينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجا عن الأكل بالباطل. و على هذا فشأن التملك بالفسخ الثابت شرعا شأن أكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها، و الأخذ بالشفعه، و غيرهما من الموارد التى قد أذن الشارع فى التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم.

و من هنا أتضح لك جليا أن التوهم المتقدم فى التكلم على الروايتين- و هما دليل السلطنه. و دليل حرمه التصرف فى أموال الناس غير جار فى المقام لكى نحتاج الى جوابه، لأن المستفاد من الآيه- كما عرفته- إنما هو حصر تملك أموال الناس- على الوجه الشرعى- فى التجاره عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۱

الباطله. و إذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاه مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام. و هذا واضح لا خفاء فيه.

و فى بعض نسخ المتن هكذا: (أن التوهم المتقدم جار هنا) و لكنه سهو من قلم النساخ بديهه أن صريح كلام المصنف على خلافه و يمكن أن يكون الغرض من هذه العباره: أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه و لكنه خلاف الظاهر منها.

و يرد عليه: أن هذا الاستدلال مبنى على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفى لكى يكون ذلك أمرا معلوما فى نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح.

و أما لو أريد منه الباطل الواقعى- كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهيم الواقعيه- أو احتملت إراده ذلك من كلمه الباطل فى الآيه فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأنا نحتمل احتمالا عقلائيا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحه

للأكـل لا من الأباطيل الواقعيه. و عليه فيكون التمسک بالآيه فى المقام من قبيل التمسک بالعام فى الشـبهات المصـداقيه. و هـذا ظاهر.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط

و مما استدل به المصنف رضوان اللّه عليه على لزوم المعاطاه:

۵- قوله (ص): المؤمنون عند شروطهم [۱] و حاصل كلامه هنا: أن

---

[۱] عن منصـور بزرج عن عبـد صالـح «ع» قـال: قلت له: إن رجلاـ من مواليـک تزوج امرأه إلى أن قـال «ع»: قـل له فليف للمرأه بشـرطها، فان رسول اللّه «ص» قال: المؤمنون عند شروطهم. موثقه بابن فضال. التهذيب ج ۲ ص ۲۱۹. الاستبصار ج ۳ ص ۲۳۲. الوافى ج ۱۲ ص ۸۰.

و قد ذكر فى جمله من الروايات: المسـلمون عند شـروطهم. و فى بعضها فان المسلمون عند شروطهم. الوافى ج ۱۰ ص ۶۸. و ج ۱۲ ص ۸۰. و الوسائل ج ۲ باب ۶ من أبواب أحكام العقود.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۲

الشـرط فى اللغه عبـاره عن مطلق الاـلتزام. فيشـمل الالتزامـات المعـامليه. سواء أ كانت مبرزه بمظهر قولى، أم كانت مبرزه بمظهر فعلى. و عليه فمعنى الروايه: هو أن المؤمن ملزم بشرطه، و أن شرطه لا يزول بالفسخ. و الجواب عن هذا الاستدلال:

أولاـ: أن الشـرط فى اللغه بمعنى الربـط بين شـيئين. و قـد أشـير إليه فيمـا حكى عن القاموس من أن الشـرط هو الالتزام فى بيع و نحوه. و فى أقرب الموارد: شرط عليه فى البيع و نحوه شرطا: ألزمه شيئا فيه. و إذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

ثانيـا: أنـا لو سـلمنا شـمول الروايه للشـروط الابتـدائيه. و لكن ليس المراد من الاـلتزام هو الاـلتزام الوضـعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلک إنما

هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم الايمان. و على هذا فشأن الروايه شأن قولنا: إن المؤمن عند عدته.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

۶- قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱».

لا ريب فى دلاله هذه الآيه الكريمه على لزوم البيع المعاطاتى، بل على لزوم كل عقد، لأن معنى الوفاء هو التمام. و من هنا يقال: الدرهم الوافى: أى الدرهم التام.

و معنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغه أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغه أيضا.

و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفيا لكان فسخ العقد حراما و هو واضح البطلان. و عليه فمفاد الآيه: أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفا. و من الواضح جدا أن المعاطاه عقد عرفى كسائر العقود، فتكون مشموله لعموم الآيه.

---

(۱) سوره المائده الآيه: ۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۳

الاستدلال على لزوم المعاطاه بأدله خيار المجلس

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

۷- الأخبار «۱» الداله على لزوم البيع و وجوبه بعد تفرق المتبايعين. و قد عرفت أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع، فتكون مشموله لعموم تلك الروايات. قيل:

إن هذه الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد. إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحيه خيار المجلس فقط، لا من جميع النواحى، و على وجه الإطلاق. و إذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا الاحتمال و إن كان ممكنا فى مقام الثبوت، و لكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبوره فى مقام الإثبات، فإن إطلاقها يقتضى اللزوم- على وجه الإطلاق- بعد التفرق. فلا موجب لصرفها الى اللزوم من ناحيه خيار المجلس. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

تتمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاه

ربما يتوهم: أن الظاهر- فيما نحن فيه- قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه. بل ادعاه صريحا بعض الأساطين فى شرحه على القواعد. و تعاضده الشهره المحققه بين الأصحاب. بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخرى المتأخرين.

نعم نسب هذا الرأى إلى المفيد (ره) إلا أن العباره المحكيه عنه لا تدل على ذلك.

بل ادعى فى الغنيه الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعا. و لا شبهه فى أن هذه الدعوى صريحه فى عدم لزوم المعاطاه.

---

(۱) راجع الوافى ج ۱۰ ص ۶۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۴

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شى ء من الأمور المذكوره إلى معنى محصل:

أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزما، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام (ع) و من الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين. أو قاعده اللطف التى

أسسها الشيخ الطوسى (ره)، أو الحدس القطعى.

أما الأول فهو بديهى الفساد، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين:

بأن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه. و أما الثانى فلأن قاعده اللطف غير تامه، كما حقق ذلك فى محله. و أما الثالث فلأن من المحتمل القريب، بل و من المظنون قويا أن كثيرا من القائلين بكون المعاطاه مفيده للملكيه الجائزه إنما استندوا فى رأيهم هذا الى وجوه أخر. و إذن فليس لنا فى المقام إجماع محصل تعبدى.

و أما الإجماع المنقول فلا دليل على حجيته و قد ذكرنا ذلك فى علم الأصول.

و يضاف إليه: أنه لا أساس لنقل الإجماع إلا حصوله فى زمان، فإذا اضمحل الإجماع المحصل - لما ذكرناه قريبا - اضمحل الإجماع المنقول أيضا.

و أما ما ذكره فى الغنيه من قيام الإجماع على أن المعاطاه ليست ببيع فهو واضح البطلان، لأن المعاطاه بيع بالحمل الشائع. و مفهوم البيع من المفاهيم العرفيه. و من البديهى أنه لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على المفاهيم العرفيه إثباتا أو نفيا إلا أن يكون مراده من ذلك نفى الصحه أو اللزوم، و عليه فيجاب عنه بأن الإجماع المنقول لا دليل على حجيته.

و أما الشهره فقد ذكرنا فى علم الأصول أنه لم يقم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن. و الظن لا يغنى من الحق شيئا. و مع الإغضاء عن ذلك: أن الشهره قد قامت على أن المعاطاه تفيد الإباحه، و لم تقم على أنها تفيد الملكيه الجائزه، ضروره أن القول بالملكيه لم يكن مغروسا بين قدماء الأصحاب. و إنما ذهب اليه المحقق الكركى، و شيد أساسه، ثم تبعه جمع من متأخرى المتأخرين حتى اشتهر بينهم. و إذن فتبعد الشهره عن

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

دعوى الملكيه، فضلا عن كونها مؤيده لحصولها إلا أن يكون غرض المدعى- من الشهره هو الشهره بين متأخرى المتأخرين. و لكن هذه الشهره معارضه مع الشهره بين القدماء القائمه على أن المعاطاه تفيد الإباحه.

و على الجمله: إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاه لم يكشف ذلك عن الدليل المعتبر، بديهه أن قيام الإجماع على نفى اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. كما نبه عليه المصنف إذ القول باللزوم فرع الملكيه و من الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثانى و جمع ممن تأخر عنه. و أما قدماء الأصحاب فذهبوا الى أن المعاطاه تفيد الإباحه.

قوله: (بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيره التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى)

أقول: حاصل كلامه: أن السيره قائمه على عدم الاكتفاء بالتعاطى فى الأشياء الخطيره و الأمتعه المهمه. بل الناس ينشؤون فيها البيع بالألفاظ المتداوله بينهم. نعم يكتفون بالتعاطى فى الأشياء الزهيده. و الأمتعه المحقره و لا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع.

و يرد عليه: ان السيره المزبوره لا تصلح لتقييد الأدله المتقدمه الداله على لزوم المعاطاه، بديهه أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطى فى المعاملات المهمه ليس من ناحيه السيره بل إنما هو من جهه تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاه مفيده للإباحه.

و أضف الى ذلك: ان الالتزام بهذه السيره يقتضى الفرق بين المعاطاه فى الأشياء الخطيره. و بين المعاطاه فى الأشياء الحقيره و من الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الأصحاب و ان ذهب اليه بعض العامه [۱] و لكنه مخالف لإطلاق الأدله الداله

---

[۱] عن الشافعيه أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاه. نعم مال صاحب الإحياء إلى جواز البيع بها فى

الأشياء اليسيره لأن الإيجاب و القبول يشق فى مثلها عاده. الفقه على المذاهب الأربعه. ج ۲ ص ۱۵۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۶

على لزوم المعاطاه

نظره فى الاخبار المذكوره حول المعاطاه

قوله: (و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار).

أقول: قد ذكر السيد فى شرح هذه العباره ما هذا نصه: (يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعامله باللفظ فى الجمله. و لعل نظره فى ذلك الى ما أشرنا إليه سابقا (أى عند الاستدلال على صحه المعاطاه) من الخبر الوارد فى بيع المصحف و الوارد فى بيع أطنان القصب. و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الاخبار التى ادعى إشعارها أو ظهورها).

و التحقيق: انه ان كان نظر المصنف- من العباره المتقدمه- الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجها صحيحا، بديهه أنه لا دلاله فى الخبر الوارد فى بيع المصحف، و لا- فى الخبر الوارد فى بيع أطنان القصب، و لا- فى الروايات الآتيه- الوارده فى أن المحلل و المحرم هو الكلام- لا دلاله فى شى ء من هذه الروايات [۱] على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع، فإنها غير ناظره إلى كيفيه إنشاء البيع. و ان كان نظره الى غيرها من الروايات فلم نجدها فى أصول الحديث و لا فى كتب الاستدلاليه.

و أضف الى ذلك: انه لو كانت هنا روايه تدل على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لتمسك بها المصنف بها فى المقام. و لم يحتج الى التمسك بالسيره. بل لم يبق مجال

لقوله (بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين أهل السوق و التجار)

ضروره أنه بعد وجود الروايه المعتبره الداله على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لا تصل النبوه إلى الأمور

الاستحسانیه.

و لكن نحتمل قويا أن تكون كلمه ذلك فی قوله: (و قد يظهر ذلك من غير

«۱» سيأتی قريبا التعرض لجميع هذه الروايات فی الحاشيه.

واحد من الاخبار) إشاره الى ما ذكره قبل هذه العباره من جعل اللفظ من جمله القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديده [۱] بل يظهر من جمله منها [۲] ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفا بين التجار و أهل السوق.

و على هذا فلا وهن فی كلام المصنف (ره).

قوله: (بقی الكلام فی الخبر [۳] الذی تمسک به فی باب المعاطاه).

أقول: قد استدل بهذا الخبر تاره على ان المعاطاه لا تفيد اباحه التصرف. و تاره أخرى على انها ليست بلازمه جمعا بينه، و بين ما دل على صحه مطلق البيع، كما صنعه فی الرياض.

ثم انه قد احتمل المصنف فی قوله «ع» انما يحلل الكلام، و يحرم الكلام.

وجوها أربعه:

۱- أن يراد من الكلام فی المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بأن يختص التحليل و التحريم بالنطق.

---

[۱] هی الروايات الداله على كون المشتری مختارا فی إيجاب البيع و عدمه بعد المقاوله على المبيع الشخصی غير الموجود عند البائع. الوافی ج ۱ باب ۱۰۹ ص ۹۴

[۲] هی الروايات المشعره باعتبار اللفظ فی إنشاء العقود و سنتعرض لها قريبا فی الحاشيه.

[۳] المروی عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع) الرجل يجيئنی فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أ ليس ان شاء أخذ، و ان شاء ترک؟ قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و فی نسخه الكافی المطبوعه قد ذكر ابن نجيح بدل

ابن الحجاج. و على كلا التقديرين فالروايه مجهوله، لأنهما مجهولان. فروع الكافى ج ۱ ص ۳۸۶، و الوافى ج ۱۰ ص ۹۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۸

۲- ان يراد به اللفظ مع مضمونه. و يكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المؤداه بالكلام.

۳- أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون الاختلاف فى التحريم و التحليل باعتبار الوجود و العدم و قد بنى المحدث القاسانى على هذا المعنى فى الوافى و قال: (الكلام هو إيجاب البيع و انما يحلل نفيا. و انما يحرم إثباتا.)

۴- أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و من الكلام المحرم إيجاب البيع لانه بيع قبل الشراء. و هو ليس بجائز.

و لا يخفى عليك ان أساس الاستدلال بالخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاه أو على عدم إفادتها الملكيه، أو على عدم إفادتها إباحه التصرف مبنى على الوجه الأول.

و بيان ذلك: انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- انما هو منحصر فى الألفاظ المبرزه للمقاصد. و انه لا يقع التحليل و التحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز، و لا بالقصد المبرز بغير الألفاظ. و على هذا فلا وجه لما التزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبر المزبور على عدم لزوم المعاطاه جمعا بينه و بين ما دل على صحه مطلق البيع.

و يرد عليه أولا: أن حصر المحلل و المحرم فى الكلام يستلزم التخصيص بالأكثر لكثره المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- من غير الألفاظ ضروره ان تنجس المأكولات و المشروبات محرم. و تطهيرها محلل و التذكيه محلله، و عدمها محرم و غليان العصير العنبى محرم و ذهاب ثلثيه محلل.

و صيروره العصير خمرا محرم و تخليلها محلل.

و الجلل محرم لما يؤكل لحمه. و استبراؤه محلل. و خلط المال الحرام بالمال الحلال محرم.

و تخميسه محلل. و أيضا وطى الحيوان الذى يؤكل لحمه محرم. و الدخول بالمرأه محرم لتزويج بنتها و الإيقاب فى الغلام محرم لتزويج أمه و بنته و أخته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۹

و أيضا قد جوز الشارع المقدس التصرف فى أموال الناس فى موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامى. و ذلك كالتصرف فى الأراضى الواسعه و الأنهار الكبار و كأكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها بل ورد فى القرآن الكريم جواز الأكل من بيوت الأصدقاء و الأحباء و إن لم يدل عليه أذن لفظى «۱».

و أيضا قد اتفق المسلمون من الشيعه و أهل السنه على انثلام ذلك الحصر فى فى باب العقود أيضا، فإنهم قد التزموا بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه. سواء أ كانت المعاطاه مفيده للملك، أم كانت مفيده للإباحه. و لم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامه فى بعض كتبه، و قد ثبت رجوعه عن هذا الرأى فى بعض كتبه الأخرى و دعوى انصراف الخبر عن الأمور المذكوره لكيلا تلزم كثره التخصيص دعوى جزافيه.

ثانيا: أن الروايه لا تنطبق على هذا الوجه، إذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الإمام (ع) عن الرجل يقاوله، و يقول له: اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا.

و أجاب الإمام (ع) عن هذا السؤال: بأنه أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قال السائل: بلى. قال الامام (ع): لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و عليه فهذه الروايه- سؤالا و جوابا- أجنبيه عن مورد

المعاطاه، و إنما هى تبين حكم البيع قبل الاشتراء.

و الذى نفهمه من الروايه- و لو بقرينه الروايات التى ذكر فيها قوله (ع):

إنما يحرم الكلام- و سيأتى قريبا التعرض لها فى الحاشيه- أن المضمون الواحد إذا أنشئ بكلام كان محللا. و إذا أنشئ بكلام آخر كان محرما. أو أن الكلام الواحد يكون محللا فى مورد و محرما فى مورد آخر. و ذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض. و قد ثبت فى محله أن الزمان و المكان مفردان للأعراض. و هذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثانى و الثالث.

---

(۱) سوره النور ۲۴. الآيه: ۶۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۰

و توضيح ذلك: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه أن إيجاب الطلاق ببعض الألفاظ الداله على بينونه الزوج عن الزوج لا يكون محرما و لا محللا- مثلا: إذا قال الرجل لزوجه: أنت بريه أو خليه أو طلقتك لم يؤثر ذلك فى البينونه و لا يحل للمرأه التزويج بزوج آخر. و إذا قال الرجل لزوجه: أنت طالق. أو هى طالق، أو زوجتى طالق بانت عنه زوجته و يحل لها التزويج بزوج غيره. و إذن فالمضمون الواحد و هو بينونه الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرما و محللا و إذا أبرز بكلام آخر لم يكن محرما و لا محللا.

و هذه بين يدينا الأخبار الوارده فى المزارعه. [۱] فإنها تصرح بأن جعل أجره الزرع للبذر و البقر محرم. و عدمه محلل.

و يضاف إلى ذلك ما رواه البجلى قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): الرجل يجيئنى يطلب المتاع، فأقاوله على الربح، ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال: أ ليس إن شاء أخذ

---

[۱] عن سليمان بن خالد قال: سألت

أبا عبـد اللّه (ع) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال لا ينبغى أن يسـمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام.

و عن عبد اللّه بن سنان أنه قال فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول:

ثلث للبقر و ثلث للأرض و ثلث للبذر. قال: لا تسم شـيئا من الحب و البقر، و لكن تقول: ازرع فيها كذا و كذا إن شـئت نصـفا و إن شئت ثلثا.

و عن الحلبى قال: سئل أبو عبد اللّه (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال: لا ينبغى أن يسمى شيئا فإنما يحرم الكلام.

و عن أبى الربيع الشـامى عن أبى عبـد اللّه «ع» مثله و زاد قبـل قوله: (فإنما يحرم الكلام) و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط. و لا يسمى بذرا و لا بقرا. الوافى ج ۱ ص ۱۳۶ و ۱۳۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۱

و إن شاء ترک؟ قلت بلى قال: لا بأس به فقلت: إن عنـدنا من يفسده قال: و لم قلت: باع ما ليس عنده. قال فما تقول فى السـلف قـد بـاع صاحبه ما ليس عنـده؟ فقلت بلى. قال: فإنما صـلح من قبل أنهم يسـمونه سـلما. إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه «۱» فان الظاهر من هذه الروايه و ما يساويها فى المضمون أن إيجاب البيع محلل فى محل، و محرم فى محل آخر.

قيل: إن هذه الروايه غريبه عن المعنى المذكور. و انما هى ظاهره فى صحه بيع ما ليس

عنده. کما یستوضح ذلک بملاحظه قول الامام (ع) (فما تقول فی السلف قد باع صاحبه ما لیس عنده) و اذن فلا إشعار فیها باتصاف الکلام بصفه المحرمیه تاره و بصفه المحللیه أخری بل یکون محللا فقط. و الجواب عن ذلک:

أن بیع ما لیس عند البائع قد یکون شخصیا. و قد یکون کلیا: أما الأول فلا شبهه فی بطلانه من ناحیه الجهاله، و للروایات الخاصه. و أما الثانی فلا شبهه فی صحته لأن الکلی أمر معلوم فلا جهاله فیه لکی توجب بطلان البیع. و من الواضح: أن السلف من القبیل الثانی. و علیه فغرض الامام (ع) من ذکر السلف- فی الروایه المزبوره- إنما هو بیان أن السلف و ان کان من بیع ما لیس عنده إلا أنه لیس من القسم الباطل، بل هو من القسم الصحیح. و قد أشار الإمام (ع) الی ذلک بقوله (إن أبی کان یقول: لا بأس ببیع کل متاع کنت تجده فی الوقت الذی بعته فیه): أی تقدر علی أدائه ثم لا یخفی علیک: أن المراد من الحلیه و الحرمه إنما هو الوضعی دون التکلیفی ضروره أن جعل الثلث للبذر و البقر لیس من المحرمات التکلیفیه قطعا.

و قد یتوهم: أن المراد من الکلام هو الالتزام النفسی دون اللفظ الصادر من المنشئ لصحه إطلاق الکلام و القول علی الالتزام النفسی. و منه قوله (تعالی) لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ و قوله: (تعالی) وَ حَقَّ عَلَیْهِمُ الْقَوْلُ بل کثر ذلک فی الاستعمالات

---

(۱) الوافی ج ۱۰ ص ۹۴.

الصحیحه الفصیحه. و من ذلک ما یقال: أعطیته قولا: أی العهد و الالتزام، و أیضا یقال:

إن کلام اللیل یمحوه النهار: أی الالتزامات النفسانیه.

و عليه فكون الكلام محرما و محللا بلحاظ أن المثمن يكون حراما على البائع و حلالا للمشترى. و أن الثمن يكون حراما على المشترى و حلالا للبائع.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الروايه أن المحرميه و المحلليه من أوصاف الكلام اللفظى دون الالتزام النفسى. على أن هذا المعنى لا يجتمع مع الروايات الوارده فى المزارعه الظاهره فى أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل و قد تقدمت هذه الروايات قريبا فى الحاشيه.

و قد تجلى لك من جميع ما ذكرناه فساد الوجه الرابع الذى ذكره المصنف: بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله. و من الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع.

و وجه الفساد: أن الكلام المحرم غير مربوط بإنشاء البيع كما فى روايات المزارعه. على أن لازمه أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام المعهود لكى يكون كل من الكلام المحلل و الكلام المحرم ممتازا عن الآخر و من الواضح أنه لا قرينه على هذه الدعوى لا فى هذه الروايه التى هى مورد بحثنا. و لا فى روايات المزارعه، و لا فى غيرهما من الروايات.

و أما الوجه الثالث الذى ذكره المصنف- بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرما و باعتبار عدمه محللا- فهو و ان كان يناسب ما نحن فيه و روايات المزارعه أيضا كما هو ظاهر. و لكن يرد عليه:

أولا: أن الظاهر من قوله (ع) إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام ان المؤثر التام فى الحرمه و الحليه إنما هو وجود الكلام. لا أن وجوده محرم و عدمه محلل. على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم.

و أضف الى ذلك ما ذكره بعض مشايخنا المحققين و إليك نصه: (أن

إطلاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۳

المحلل على عدم الكلام لا يخلو عن مسامحه إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته، لا بعدم عله ضده كما أن إطلاق المحرم على الإيجاب المتعلق بما ليس عنده: أى الإيجاب فى غير محله ففيه أيضا مسامحه، إذ عدم حليه المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح، لا بحصول الإيجاب الفاسد).

ثم إنه قد استظهر المصنف من الروايه اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر.

و هذا لفظه:

(نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع: بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام. إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام. إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الروايه هو عدم إمكان المعاطاه فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكه الأول فتأمل)

و الجواب عن ذلك:

أولا: أنه لو تم هذا كان لازمه أن لا تترتب الإباحه على المعاطاه. و من البين أن هذا خلف الفرض، لأن المفروض جواز التصرف فى مورد المعاطاه. و إنما البحث فى أنها تفيد الملك اللازم أولا.

ثانيا: أن الحصر فى الروايه غير ناظر إلى المعاطاه نفيا و إثباتا و إنما هو باعتبار مورد الروايه إذ فرض فيه صدور الكلام من المشترى، و قد ذكر الامام (ع) أنه ينقسم الى قسمين، و بين أن قسما منه محلل، كالمقاوله على متاع ليس عند البائع و قسم منه محرم كإيجاب البيع عليه. و إذن فالإنشاء الفعلى خارج عن حدود الروايه موضوعا و أما ما ذكره من

أن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام إلخ فيتوجه عليه.

أولا: أنا لا نسلم عدم إمكان المعاطاه فى مورد الروايه. بديهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار اليه الرجل بكلمه (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحك كذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا يتم الاستدلال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۴

ثانيا: أنا لو سلمنا غياب المتاع- فى مورد الروايه- عن المتعاملين. و لكنا لا نسلم اختصاص المعاطاه بالتعاطى من الطرفين. ضروره أن المعاطاه كما تتحقق بالتعاطى من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتى ذلك فى تنبيهات المعاطاه. و لعل المصنف قد أشار الى هذين الإشكالين أو إلى أحدهما بالأمر بالتأمل.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلاله فى روايه ابن نجيح على اعتبار اللفظ فى صحه البيع أو لزومه لكى تدل على فساد المعاطاه أو على عدم لزومه.

على أن هذه الروايه التى بين يدينا مجهوله فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعى [۱].

---

[۱] قد استدل على اعتبار اللفظ فى صحه البيع بوجوه شتى غير روايه ابن نجيح ۱- ما عن أبى هريره أن رسول اللّه (ص) نهى عن بيعتين: الملامسه و المنابذه الحديث، سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۴۱ و عنه أيضا أن رسول اللّه (ص) نهى عن بيع الغرر و عن بيع الحصاه. سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۴۲. و وجه الاستدلال بذلك على المقصود: أن النبى (ص) إنما نهى عن إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاه لانتفاء اللفظ فيها. و من الواضح أن المعاطاه فاقده له فتكون مشموله للنبويين المزبورين و لو بتنقيح المناط. و الجواب

عن ذلک:

أولا: أنهما ضعيفا السند، و غير منجبرين بشی ء.

ثانيا: أن النهی عن البيوع المذكوره من ناحيه الجهاله و الغرر فلا ربط له بالمعاطاه إذ المفروض أنها واجده لجميع الشرائط إلا اللفظ.

ثالثا: أن بطلان إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاه لا يستلزم بطلان إنشائه بغيرها من الأفعال لإمكان أن يكون النهی عن إنشاء البيع بها من ناحيه نكته خاصه لا نعلمها. و عليه فلا يمكن قياس المعاطاه بها. و اذن فتكون المعاطاه مشموله للعمومات الداله على صحه المعاملات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۵

تنبيهات المعاطاه

اعتبار شروط البيع فيها

اشاره

قوله: (و ينبغی التنبيه على أمور).

أقول: لما فرغ المصنف من بيان صحه البيع المعاطاتی و لزومه نبه على أمور يحسن بنا التعرض لها:

الأمر الأول: أنه هل يعتبر فی البيع المعاطاتی ما يعتبر فی البيع بالصيغه من الشروط؟

و تحقيق هذه المسأله يقع فی نواحی شتی:

اشاره

۲- قيام الإجماع على اعتبار اللفظ فی صحه البيع و المعاطاه فاقده له، فتكون فاسده.

و يرد عليه: أن الإجماع المحصل غير حاصل، و الإجماع المنقول ليس بحجه.

و عليه فلا يمكن تخصيص العمومات الداله على صحه العقود و لزومها بذلک.

٣- الأخبار الكثيره الظاهره فى اعتبار اللفظ فى صحه البيع. و بما أن المعاطاه خاليه عن اللفظ فتكون فاسده، و نقتطف من تلك الأخبار ما يلى:

عن عبد الرحمن بن سليمان عن أبى عبد اللّه (ع) قال: سمعته يقول: إن المصاحف لن تشترى فإذا اشتريت فقل إنما أشترى منك الورق و ما فيه من الأدم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا. مجهوله بعبد الرحمن.

و عن سماعه عن أبى عبد اللّه (ع) قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟

قال: لا تشتر كتاب اللّه عز و جل، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشتريت منك هذا بكذا و كذا. ضعيفه بعثمان بن عيسى. الوافى ج ١ ص ٣٧.

و عن العجلى عن أبى عبد اللّه (ع) فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الأنبار فيه ثلاثون طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت إلخ صحيحه الوافى ج ١٠ ص ٩٢. و التهذيب ج ٢ ص ١٥٢.

و عن سماعه قال: سألته عن بيع الثمره

هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۶

الناحيه الأولى: أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تفيد إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه عند ما فقدت شيئا من شروط البيع؟.

قد ذكر المصنف:

(أن المتعاطيين إذا قصدا مجرد الإباحه فلا إشكال فى عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا. و على هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدله الداله على صحه هذه الإباحه العوضيه من خصوص أو عموم، و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعده هو نفى شرطيه غير ما ثبت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس).

- فقال لا إلا أن يشترى معها شيئا غيرها رطبه أو بقلا فيقول: أشترى منك هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا إلخ.

ضعيفه بعثمان بن عيسى. فروع الكافى ج ۱ ص ۳۷۸. و الوافى ج ۱۰ ص ۷۲.

و عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) أنه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه. فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لى ما عندى قال: لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت أنفسهما. حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافى ج ۱ ص ۴۰۳. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۱ و عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) أنه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما. صحيحه فروع الكافى ج ۱ ص ۳۹۷. و التهذيب ج

۲ ص ۱۶۹ و الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۹.

و عن یحیی بن الحجاج قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل قال لی اشتر هذا الثوب أو هذه الدابه و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا؟ قال لا بأس بذلک لیشتریها و لا یواجبه البیع قبل أن یستوجبها أو یشتریها. صحیحه.

و عن جراح المدائنی قال: قال أبو عبد اللّه (ع): إنی أکره بیع ده یازده و ده دوازده لکن أبیعک بکذا و کذا ضعیفه بجراح و قاسم بن سلیمان.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۷

لأن السیره دلیل لبی فلا بد من الاقتصار فیها بالمقدار المتیقن.

و یتوجه علیه: أن المقصود من دلیل السلطنه إنما هو بیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فیها فی تلک الجهات، و لیس لأحد أن یزاحم المالک فی ذلک. و علیه فدلیل السلطنه لا یتکفل بإثبات السلطنه للمالک علی أی تصرف، سواء ثبتت مشروعیته مع قطع النظر عن دلیل السلطنه أم لا.

و أضف إلی ذلک: أن دلیل السلطنه ضعیف السند، و غیر منجبر بشی ء فلا یمکن الاعتماد علیه فی إثبات الحکم الشرعی و قد تقدم ذلک عند الاستدلال به علی لزوم المعاطاه.

- و عن محمد قال: قال أبو عبد اللّه «ع» إنی أکره بیع عشره بأحد عشر و عشره باثنی عشر و نحو ذلک من البیع و لکن أبیعک بکذا و کذا مساومه إلخ ضعیفه بمعلی بن محمد.

و عن العلاء قال: قلت لأبی عبد اللّه «ع» الرجل یرید أن یبیع بیعا فیقول أبیعک بده دوازده فقال: لا بأس إنما هی هذه المراوضه فإذا جمع البیع جعله جمله واحده. صحیحه. الوافی ج ۱۰

ص ۹۳ و ۹۴.

و عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه «ع» قال: لا بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندک تساومه ثم تشتری له نحو الذی طلب ثم توجبه علی نفسک ثم تبیعه منه بعد. صحیحه فروع الکافی ج ۱ ص ۳۸۶. و الوافی ج ۱۰ ص ۹۵ الی غیر ذلک من الروایات المذکوره فی الأبواب المتفرقه.

و لکن غایه ما یستفاد منها أن المعاملات المزبوره فی تلک الروایات إنما أنشئت باللفظ، و من البدیهی أنه لا إشعار فی ذلک علی اعتبار اللفظ فی صحه البیع أو لزومه فضلا عن الدلاله علیه. و هذا واضح لا خفاء فیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۸

أما السیره فإن کان المراد بها السیره العقلائیه فلا شبهه فی قیامها علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه حتی التصرفات المتوقفه علی الملک. و لکن لا یمکن الاعتماد علی هذه السیره مع قطع النظر عن کونها ممضاه للشارع. و إن کان المراد بها السیره المتشرعیه فلا ریب فی قیامها علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه. و لکن لا یمکن الاعتماد علیها أیضا فیما إذا شک فی جواز أصل التصرف- کالتصرفات المتوقفه علی الملک من البیع و العتق و الوطی و نحوها- بل لا بد و أن یرجع هنا الی دلیل کل تصرف یشک فی جوازه و عدمه.

و مثال ذلک: أنه إذا شک أحد المتعاطیین فی جواز أکل المأخوذ بالمعاطاه- التی قصد بها الإباحه- رجع الی ما دل علی جواز أکله أو حرمته. و هکذا لو شک فی ناحیه أخری غیر جواز الأکل. و لا یرجع فی شی ء من تلک الموارد إلی أدله حرمه التصرف فی مال غیره إذ المفروض أن

المالـك قـد أذن للآخـذ أن يتصـرف فى المـأخوذ بالمعاطـاه و معه لا يبقى مجال للرجوع الى تلك الأدله. و إن شـئت قلت: إن جواز التصـرف فى نفسه إنمـا ثبت بمـا دل عليه من أمـاره أو أصـل و من الظـاهر أن حرمه التصـرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعه بإجـازه المالـك و اذنه على الفرض. و إذن فالمقتضـى موجود و المـانع مفقود. و على هـذا فلا يعتـبر فى المعاطـاه المقصود بها الإباحه أى شرط من شروط البيع. و حينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

الناحيه الثانيه: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك، و لم تحصل الملكيه فى الخارج،

و لكن حكم الشارع بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فهل يعتبر فيها شروط البيع؟

قـد ذكر المصـنف: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى و ان ترتبت عليه الإباحه الشـرعيه. و حينئـذ فيعتبر فيها ما يعتبر فى البيع من الشروط كلها. نعم قد وقع فى بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلك نفى اللزوم، لا نفى البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٩

حقيقه انتهى ملخص كلامه.

و تحقيق ما أفاده المصنف بوجهين:

١- أنا ذكرنا مرارا عديده: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه. و عليه فلا بـد من الالتزام بكونهـا مفيـده للملك من أول الأمر، نعم قام الإجماع التعبـدى على أن الشارع المقـدس لم يمض البيع المعاطاتى على النحو الذى قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطى الخارجى، بل أمضاه بعد تحقق شى ء ما من التصرف و غيره و عليه فالمعاطـاه بيع حقيقه، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع اللفظى من الشـروط غير الصـيغه، بـديهه أن الشارع و إن لم يمض الملكيه المنشئه

بالمعاطاه إلى زمان خاص و حكم بإباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فى هذا الزمان. إلا أن ذلک لا یخرج المعاطاه عن کونها بیعا عرفا و شرعا، کما أن حکمه بتوقف حصول الملکیه على القبض فى بیع الصرف و السلم لا یخرجهما عن حقیقه البیع.

٢- أن مقصود کل من المتعاطیین إنما هو تملیک ماله لصاحبه بإزاء ما یأخذه منه و لیس غرضهما من هذا التملیک بالعوض إلا إیجاد البیع، و حیث إنه فاقد للصیغه فیحکم بفساده، کسائر المعاملات الفاقده لشروطها. و لکن قام الإجماع على جواز التصرف للآخذ فیما أخذه بالمعاطاه، و لم یقم دلیل على ذلک فى سائر المعاملات الفاسده. و بما أن الإجماع دلیل لبى فیقتصر فیه بالمقدار المتیقن و هو أن تکون المعاطاه واجده لجمیع شرائط البیع- حتى الشروط التى وقع الخلاف فى اعتبارها فیه- إلا الصیغه.

و على الجمله: إن ما قصده المتعاطیان لم یقع فى الخارج. و قد قام الإجماع على جواز التصرف لکل منهما فیما أخذه من صاحبه. و أیضا قد اقتضت الضروره الشرعیه حرمه التصرف فى مال غیره بدون إذنه. فالجمع بین هذه الأمور یقتضی جواز التصرف فى المورد المتیقن، و هو البیع الجامع للشرائط.

و قد اتضح لک مما بیناه: أنه لا یفرق فیما ذکرناه بین أن یکون اعتبار الشرط

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ٢، ص: ١٦٠

فى البیع من ناحیه الدلیل اللفظى، و بین أن یکون ذلک من ناحیه الإجماع، فإنه على کل تقدیر لا یجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه إلا مع احتواء المعاطاه جمیع شرائط البیع إلا الصیغه.

الناحیه الثالثه: أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملک تفید الملکیه من أول الأمر فهل یعتبر فیها شروط البیع؟

الظاهر: انه لا شبهه حینئذ فى کون المعاطاه بیعا عرفا و شرعا.

و علیه فیعتبر فیها جمیع ما یعتبر فى البیع من

الشروط. و يجرى عليها ما يجرى على البيع من الأحكام.

و قد يفصل فى المقام بين الشروط التى ثبت اعتبارها فى البيع بدليل لفظى، و بين الشروط التى ثبت اعتبارها فيه بدليل لبى، فان ما هو من القبيل الأول فيعتبر فى المعاطاه أيضا، و ما هو من القبيل الثانى فيختص بالبيع اللفظى. و هذا التفصيل ليس من ناحيه أن الإجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، بل من ناحيه ان الإجماع متصيد من فتاوى الأصحاب و من البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظى اللازم من غير جهه الخيار دون المعاطاه المترتب عليها الملكيه الجائره.

و لكن لا مجال لهذا التوهم بعد صدق البيع على المعاطاه، و كونها مشموله للعمومات الداله على صحه البيع، فإن المناقشه فى ذلک من قبيل المناقشه فى الأمور البديهيه.

قوله: (و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا)

أقول: ملخص كلامه:

أنه إذا حكمنا بكون المعاطاه بيعا عرفيا- و إن لم تفد الإباحه الشرعيه- حرم فيها الربا و كذلک إذا قلنا بأنها ليست بيعا، لأنها حينئذ معاوضه مستقله شرعيه- سواء أ كانت جائزه أم كانت لازمه- كما اعترف به الشهيد فى موضع من الحواشى. بل يمكن الحكم بحرمه الربا فى المعاطاه إذا قصد منها المتعاطيان الإباحه، لا الملک، فان ذلک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۱

أيضا معاوضه عرفا فتأمل.

جريان الخيار فى المعاطاه

قوله: (و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم).

أقول: قبل التعرض لحكم المسأله لا بد و أن يعلم أنه وقع الاشتباه فى موضعين من عباره المصنف:

الأول: أنه حكم بعدم جريان الخيار فى المعاطاه قبل لزومها و علل ذلک بأن المعاطاه معامله جائزه عند الأصحاب، فلا معنى لجريان الخيار فيها. و جهه الاشتباه هى

أن الخيار لا ينافى جواز المعاطاه. و إنما ينافى الإباحه. و عليه فلا بد و أن تكون عباره المصنف هكذا

(لأنها إباحه عندهم)

و الشاهد على صدق مقالنا أمران الأول: أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاه تفيد الإباحه، لا الملك الجائز، الثانى: ما ذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه

(و إن قلنا بإفاده الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا).

و يضاف الى ذلك كله أنا وجدنا فى بعض النسخ الصحيحه لفظ (اباحه) بدل كلمه (جائزه).

الثانى: أن المصنف حكم بثبوت الخيار فى المعاطاه بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم و جهه الاشتباه هى أن المعاطاه المفيده للملك بيع من الأول. غايه الأمر أنها بيع جائز.

ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع فى جهات شتى:

الجهه الاولى: أنه هل يثبت الخيار فى المعاطاه المقصود بها الإباحه؟.

الظاهر: أنه لا يثبت فيها الخيار لا فى مقام الثبوت، و لا فى مقام الإثبات:

أما الأول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد- كما يأتى فى مبحث الخيارات- و من الواضح أن المعاطاه المقصود بها الإباحه ليست من العقود لكى يثبت فيها الخيار، بل هى تفيد إباحه خالصه و يجوز لكل من المتعاطيين التصرف فيما أخذه من

صاحبه، و لا يكون هذا التصرف تصرفا محرما، إذ المفروض أن مالكه الأصلى قد أذن فى ذلك.

أما الثانى فلأنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار فى المعاطاه لم تكن مشموله لأدله الخيار إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجهه كما أنه أغفل التعرض للمعاطاه التى ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر. و يجرى فيه الخيار المصطلح جزما. و لعل عدم تعرضه لهاتين

الجهتين لأجل الوضوح.

الجهه الثانيه: أن المعاطاه المقصود بها الملك التى تترتب عليها الملكيه الجائزه هل يثبت فيها الخيار مطلقا، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقا، أم يفصل بين الخيارات الثابته بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها فى المعاطاه- كخيارى المجلس و الحيوان- لأن أدلتها مختصه بالمعامله التى تكون لازمه من غير ناحيه الخيار. و المفروض أن المعاطاه ليست كذلك. و بين الخيارات الثابته بدليل عام- كخيار الغبن و نحوه- لأن أدلتها غير مختصه بالمعاملات التى تكون لازمه من غير ناحيه الخيار.

فقد التزم المصنف بالوجه الأول فى مطلع كلامه، و أنه يحكم بثبوت الخيار فى المعاطاه و إن كان يظهر أثره بعد لزومها. و عليه فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و احتمل التفصيل المتقدم فى آخر كلامه. و ذهب بعضهم الى القول الثانى، و أن الخيارات مطلقا لا تجرى فى المعاطاه. بديهه أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد. و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض و إذن فجعل الخيار فى المعاطاه لغو محض و تحصيل للحاصل.

و التحقيق: أن الخيارات مطلقا تجرى فى المعاطاه، بناء على أنها تفيد الملك الجائز، ضروره أن الجواز الثابت فى المعاطاه التى تفيد الملك الجائز إما جواز حقى كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۳

أمره بقاء و ارتفاعا بيد المتعاملين، أو جواز حكمى كان أمره بيد الشارع. دون المتعاملين، كالجواز فى الهبه. و على كلا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد، أو العين المأخوذه بالمعاطاه.

فإن كان جواز المعاطاه جوازا حقيا، و قلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتى كان ذلك مشمولا لأدله الخيارات. و عليه فيثبت الخيار فى البيع المعاطاتى لكل من المتعاطيين بسببين. و من الظاهر أنه لا

محذور فى ذلک، لأن نظائره کثیره فى الفقه. و حینئذ فیمتاز البیع المعاطاتى عن بقیه البیوع باختصاصه بخیار خاص. و ان شئت فسمه بخیار المعاطاه و على هذا فیجوز ارتفاع أحدهما و بقاء الآخر: کما إذا تلفت احدى العینین فى المجلس، فإنه حینئذ یرتفع خیار المعاطاه، و یبقى خیار المجلس، و إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خیار المجلس، و بقى خیار المعاطاه.

و إذا قلنا بتعلق خیار المعاطاه بالعین کان الأمر أوضح، لأن متعلق خیار المعاطاه أجنبى عن متعلق الخیار المصطلح، فلا یجتمعان فى مورد واحد لکى یناقش فیه بلزوم اللغویه. و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

و ان کان جواز المعاطاه جوازا حکمیا، و قلنا بتغایر متعلقه مع متعلق الخیارات المصطلحه فلا شبهه فى ذلک أیضا و ان قلنا باتحاد متعلقهما فربما یتوهم ان ذلک یوجب اللغویه و تحصیل الحاصل. و لکن هذا التوهم فاسد. لأنه انما تلزم اللغویه فیما إذا لم یمکن انفکاک أحد الخیارین عن الآخر مع ان الانفکاک بینهما من الوضوح بمکان، بدیهه ان النسبه بینهما هى العموم من وجه، إذ قد یسقط خیار المعاطاه و یبقى الخیار المصطلح، و قد یسقط الثانى و یبقى الأول، و قد یجتمعان سقوطا و بقاء و اذن فلا محذور فى اجتماع خیار المعاطاه مع الخیارات المصطلحه ثبوتا و إثباتا و هذا واضح لا ریب فیه.

أما التفضیل المتقدم الذى احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا و حلا:

أما الأول فلأنه لو تم ذلک التفضیل فى المعاطاه لجرى مثله فى البیع بالصیغه أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۴

طابق النعل بالنعل، و القذه بالقذه، لأنه إذا اجتمعت فیه عده من أسباب الخیار- و قد

فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار- لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضا. مع أنه لم يلتزم بذلك أحد.

أما الثانى فلأن أدله الخيارات و إن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم و لكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه: بمعنى أنه إذا وجد عقد فى الخارج و لم يقترن بما يقتضى جوازه كان ذلك العقد لازما فى نفسه. و هذا لا ينافى جوازه من الجهات الأخر العارضه.

و قد أشير الى هذه النكته القيمه فى أخبار خيار المجلس التى تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «۱» فان الظاهر من وجوب البيع و لزومه- فى تلك الروايات- إنما هو لزومه من ناحيه خيار المجلس فقط. و هو لا ينافى جواز البيع من ناحيه خيار آخر.

الجهه الثالثه: أنه هل يجرى الخيار فى المعاطاه المقصود بها الملك- التى لا تؤثر إلا فى الإباحه- أم لا؟

لا- شبهه فى صدق البيع عليها عرفا، نهايه الأمر أنه قام الإجماع على عدم تأثيرها فى الملكيه عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا- يمنع عن صدق البيع عليها بالحمل الشائع و اذن فتكون المعاطاه مشموله للعمومات الداله على صحه البيع، فيحكم بكونها بيعا فى نظر الشارع. كما أن حصول الملكيه فى بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض الخارجى و عليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار فى العقد هو تسلط ذى الخيار على فسخه فسخا فعليا: بان يتمكن من إرجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلا شبهه فى أن المعاطاه- بناء على الإباحه- غير مشموله لأدله الخيارات، بديهه ان

الثابت بالفعل لكل من المتعاطيين ليس إلا إباحه التصرف فيما أخذه من صاحبه، و انما تحصل الملكيه فى ذلك

---

(۱) الوافى ج ۱۰ ص ۷۰.

بعد تحقيق احدى الملزمات و من الظاهر أن اباحه التصرف ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه بلا احتياج الى فسخ المعاطاه بالخيار المصطلح. الا ان يتوهم أن الإباحه المترتبه على المعاطاه ليست إباحه مالكيه لكى ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف، و انما هى إباحه شرعيه. و من الظاهر أن الإباحه الشرعيه باقيه ما لم يحكم الشارع برفعها و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أن الإباحه هنا إنما ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنما هو بقاء الباذل فى اذنه السابق، فلا يشمل صوره رجوعه عن إذنه.

و على الجمله: إنه لو كان الغرض من جعل الخيار فى العقد ترتب الأثر الفعلى عليه لم يجر ذلك فى المعاطاه المقصود بها الملك- التى تفيد الإباحه- و لكنه بديهى البطلان ضروره اجتماع الخيارات العديده فى البيع و غيره من العقود.

و ان كان المقصود من ثبوت الخيار فى العقد تمكن ذى الخيار من إلغاء ما هو مؤثر فى النقل و الانتقال فلا شبهه حينئذ فى جريان الخيار المصطلح فى المعاطاه- المقصود بها الملك التى تفيد الإباحه- لأنها قابله للتأثير فى الملكيه فإذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطيين كان لكل منها أن يرفع تلك القابليه برفع موضوعها لكى لا تلحق بها الملكيه، و إذن فيكفى فى صحه جعل الخيار فى المعاطاه التمكن من إلغائها عن قابليه التأثير فى الملكيه.

بيان مورد المعاطاه

اشاره

الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاه إنما هو تحقق الأخذ و الإعطاء من الطرفين- كما يقتضيه مفهوم المفاعله و لا شبهه

فی صدق البیع علی ذلک، و کونه مشمولا للعمومات الداله علی صحه البیع و لزومه.

و لو تحقق الإعطاء من طرف و الأخذ من طرف آخر فهل یصدق علیه مفهوم البیع؟ و تحقیق ذلک یقع فی نواحی شتی:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۶

الناحیه الاولی: أن یکون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه،

و لا شبهه فی أن ذلک لیس بیعا. نعم جاز للآخذ أن یتصرف فی المأخوذ بالمعاطاه.

الناحیه الثانیه: أن یکون الغرض من التعاطی هو التملیک و التملک،

و تترتب علیه الملکیه فی الخارج، فلا شبهه فی أن ذلک بیع عرفا، فیکون مشمولا للعمومات الداله علی صحه البیع، و یحکم بکونه بیعا فی نظر الشارع أیضا.

و الوجه فی ذلک: أن عنوان المعاطاه لم یرد فی روایه، و لا فی آیه، و لا أنه معقد للإجماع التعبدی لکی یحفظ علی هذا العنوان و یؤخذ منه بالمقدار المتیقن. بل محور البحث فی المقام هو أن البیع یتحقق بالإنشاء الفعلی کما أنه یتحقق بالإنشاء القولی.

و علیه فلا بد من ملاحظه الفعل الذی ینشأ به البیع، فان صدق علیه مفهوم البیع حکم بکونه بیعا، و إلا فلا، و من الواضح أن الإعطاء من أحد المتعاطیین مع قصد التملیک یعد إیجابا للبیع عرفا، و یکون الأخذ الخارجی من الطرف الآخر قبولا له. بل أکثر المعاملات المعاطاتیه الواقعه فی الخارج من هذا القبیل، لتحققها فی الخارج بالإعطاء من جانب و بالأخذ من جانب آخر. و علیه فیکون الإعطاء المتأخر من جانب الآخذ وفاء بالعقد ضروره أنه لو کان العطاء من قبله مطاوعه للزم الانفکاک بین الإیجاب و القبول فی المعاطاه الواقعه نسیئه بل لزم کون الإنشاء مراعی بالإعطاء المتأخر من ناحیه الآخذ نهایه الأمر أنه یجوز للآخذ أن یتصرف فیما أخذه من صاحبه علی سبیل التضمین و لا ریب فی ان ذلک کله بدیهی البطلان، و خلاف السیره المتشرعیه و العقلائیه.

و ذکر شیخنا الأستاذ: أن البیع تبدیل أحد طرفی الإضافه بإضافه أخری، و من المعلوم ان الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من الطرف الآخر لیس مصداقا لذلک. بل نسبته الیه و الی

الهبه المعوضه متساويه. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإعطاء من الطرفين فان التبديل المكانى هنا بطبعه الأصلى انما هو تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتباريه بإضافه أخرى كذلك فهو بيع حقيقه. و عليه فإخراجه من دائره البيع، و إدخاله فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۷

دائره الهبه يحتاج الى مئونه زائده.

و على الجمله: إن التبديل الاعتبارى فى باب المعاطاه يدور مدار التبديل الخارجى و حيث إن التبديل الخارجى متحقق فى فرض حصول التعاطى من الطرفين، فيترتب عليه التبديل الاعتبارى انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن البيع و ان كان تبديل مال بمال، و لكن المراد من التبديل هنا ليس هو التبديل الخارجى المكانى بل المراد به هو التبديل الاعتبارى و من الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى.

الناحيه الثالثه: أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التمليك و التملك،

و لكن لم يحصل فى الخارج إلا الإباحه إلى زمان حصول الملك. و الظاهر أن هذا من افراد البيع الحقيقى، لأن تأخير الملكيه لا يخرجه عن كونه بيعا، كما أن بيع الصرف و السلم لا يخرجان عن حدود البيع بتأخر الملكيه فيهما الى زمان القبض. نعم قد يناقش فى جواز التصرف قبل حصول المملك، لانه لم يثبت إلا بالإجماع، و من الظاهر أن المتيقن منه ما يكون التعاطى من الطرفين، لا من طرف واحد إلا أن يتمسک فى إثبات جواز التصرف هنا بدليل السلطنه، و قد عرفت فيما تقدم أنه غير تام. لا من حيث السند، و لا من حيث الدلاله قيل:

إنكم حكمتم- فى الناحيه الأولى- بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه و إن كان التعاطى من طرف واحد- فلما ذا لا تحكمون بذلك فى هذه الناحيه. و الجواب عنه:

أن الإباحه

المترتبه على التعاطى فى الناحيه الأولى إباحه مالكيه و من الواضح أن المالك إذا رضى بجواز التصرف فى ماله لم يلزم منه محذور أصلا و أما الإباحه المترتبه على التعاطى فى هذه الناحيه فهى إباحه شرعيه. و عليه فلا بد من ملاحظه دليلها. و قد عرفت أن الدليل على هذه الإباحه انما هو الإجماع. و الإجماع دليل لبى فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن.

و لكن الذى يسهل الخطب: أن الإجماع- بل السيره أيضا- قائم على جواز

التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه- و إن كان التعاطى من طرف واحد- و لذا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم و تشتت أصنافهم يتعاملون فيما بينهم بالمعامله المعاطاتيه فى الأشياء الحقيره و الخطيره. و لم نر و لم نسمع- الى الان- أن يتوقف أحد فى جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه، حتى مع تحقق التعاطى من طرف واحد مع أن المغروس فى أذهان القدماء، و المشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعاطاتيه إنما تنعقد بالتعاطى من طرف واحد و يكون الإعطاء من ناحيه الآخذ وفاء بالتزامه، لا قبولا للإيجاب المتقدم- و قد تقدم ذلك آنفا- نعم لو شك فى دخوله فى معقد الإجماع لاتجه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح.

و قد يتوهم انعقاد البيع المعاطاتى بمجرد وصول المثمن إلى المشترى و وصول الثمن إلى البائع بأى نحو اتفق و ان لم يصدق عليه الإعطاء فضلا عن التعاطى.

و الوجه فى ذلك ما أسلفناه سابقا من أن عنوان المعاطاه لم يرد فى آيه، و لا فى روايه، و لا فى معقد إجماع لكى ندور مدار هذا العنوان و نجعله موردا للنقض و

الإبرام و مركزا للنفى و الإثبات. بل انما عبر بها عن المعامله الخاصه المتعارفه بين الناس.

و اذن فيكون المدار فى ذلك هو الصدق العرفى و عليه فأى فعل كان قابلا لابراز ما فى النفس من اعتبار الملكيه صدق عليه عنوان المعامله المعاطاتيه و تشمله العمومات الداله على صحه البيع و لزومه سواء أ كان ذلك الفعل تعاطيا من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلا، بل كان مجرد وصول الثمن إلى البائع و وصول المثمن إلى المشترى بأى نحو اتفق.

و قد مثل المصنف لذلك بأمور:

۱- أن يرتوى الظامى من قربه السقاء مع غيبته و يجعل عوضه فى المكان المعدله مع علمه بأن السقاء راض بذلك.

۲- أن يلتقط شخص شيئا حقيرا من مخازن الخضارين أو البقالين أو العطارين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۹

مع غيبتهم عن دكاكينهم، و يجعل عوض ما يأخذه فى صندوقهم، مع العلم أو الاطمئنان العادى برضا المالك بذلك.

۳- أن يرد أحد الحمام و لا يجد فيه صاحبه، و يغتسل فيه، و يضع أجرته فى المكان المعد لها مع علم الوارد بأن الحمامى راض بذلك.

و لكن الظاهر: أن الأمثله المزبوره كلها غريبه عن مقصود المتوهم: أعنى به تحقق المعاطاه بمجرد أخذ المثمن و وضع الثمن مكانه- بل تلك الأمثله إما من صغريات الأقسام الماضيه، أو أنها خارجه عن حدود المعاطاه بالكليه:

أما المثال الأول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ شديد الظمآن، و قد يكون عطشانا عاديا. أما الأول فلا يرتوى إلا بشرب مقدار كثير من الماء و أما الثانى فيصير ريانا بشرب المقدار اليسير منه. و

من الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غرريه البيع و إذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلک من قبيل الإباحه بالعوض. و الدليل على صحه هذه الإباحه هو السيره القطعيه، لأنها قائمه على ذلک فی الأشياء الحقيره و الأمتعه الزهيده. بل يمكن أن يكون المثال المذكور من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه. فتكون مشموله لآيه التجاره عن تراض. نهايه الأمر أنها غرريه و من الواضح أن دليل نفی الغرر و هو النبوی [۱] مختص بالبيع، فلا يجری فی غيره.

و أما المثال الثانی فهو من مصاديق البيع المعاطاتی المتعارف غايه الأمر أن إيجابه ليس بمباشره المالک، بل انما هو بمباشره وكيله. و ذلک لان الخضار و البقال و العطار و أمثالهم من سائر أصناف التجار انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم فی بيع أمتعتهم بالقيمه المتعارفه و وضع أثمانها فی الموضع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالبا

---

[۱] عن أبی هريره أن رسول اللّه (ص) نهی عن بيع الغرر سنن البيهقی ج ۵ ص ۳۴۲.

الأشخاص المعينين فی ذلک و عليه فكل من يأخذ متاعا من دكاكين هؤلاء الكاسبين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالک، و يقبله من نفسه بوضع ثمن ذلک المتاع فی المكان المعدله. و اذن فيتحقق البيع المعاطاتی هنا بالتعاطی من الطرفين- الذی هو المقدار المتيقن من مورد المعاطاه- و يكون ذلک نظير قول القائل: أعتق عبدک عنی. و على الجمله: إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيليه، كسائر البيوع الصادره من أولياء الملاک و وكلائهم.

و قد ناقش فی ذلک شيخنا الأستاذ، و إليک نص مقرره: (لا يمكن تصحيحه بكونه وكيلا من الطرفين

فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله، لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا). و الجواب عن ذلك:

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر فى الوكالات الشخصيه دون الوكالات النوعيه فلو قال أحد إنى وكلت شخصا من أهل النجف المحترم فى بيع متاعى أو إيجار دارى لكان عقد الوكاله باطلا جزما. و إذا قال: إن علماء النجف وكلائى فى بيع كتبى، أو تعمير مدرستى. أو بنائه المساجد من خالص مالى كان ذلك صحيحا قطعا بديهه أن تعيين عنوان كلى فى التوكيل الذى ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم.

و اما المثال الثالث فهو أيضا غريب عن البيع المعاطاتى، بل هو بعيد عن الإجاره المعاطاتيه أيضا:

اما بعده عن البيع المعاطاتى فلأن الماء الذى يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار. و إذن فلا يصح بيعه لكونه غرريا. و أما بعده عن الإجاره المعاطاتيه فلانه يشترط فى الإجاره إمكان الانتفاع من العين المستأجره مع بقاء عينها. و من الواضح ان الماء المستعمل فى الحمام لا تبقى عينه بعد الاستعمال. و عليه فلا يصح وقوع الإجاره عليه. قيل:

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۱

إن العين المستأجره انما هى نفس الحمام و المياه المستعمله فيه تعد منفعه له. و إذن فيكون مورد المثال الثالث من موارد الإجاره المعاطاتيه. و الجواب عن ذلك:

أن من أركان الإجاره انما هو تعيين المده فيها فإذا انتفى ذلك بطلت الإجاره من أصلها. و من البديهى أن المغتسلين فى الحمامات يختلفون بحسب الحالات، فإنه يتوقف فيها بعضهم ساعه و يلبث فيها آخر ساعتين و هكذا. و مع ذلك لا يمكن الالتزام بكون ما نحن فيه من قبيل الإجاره المعاطاتيه.

و على هذا الضوء فالمثال

الثالث أيضا من قبيل الإباحه بالعوض، أو من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه كما جعلنا المثال الأول أيضا من هذا القبيل. و المتحصل من جميع ما ذكرناه انا لم نتصور من تلك الأمثله قسما آخر للمعاطاه غير الاقسام الماضيه.

نعم يمكن تصوير قسم آخر لها: و هو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعه أو بالغصب، أو بإطاره الريح أو بغير ذلك. ثم قصد كل منهما كون ما بيده عوضا عما فى يد صاحبه. و حينئذ فلا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك، لأنا ذكرنا مرارا أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى. و من الظاهر أنه لم ترد آيه و لا روايه، و لا انعقد إجماع على اختصاص ذلك المبرز بشى ء خاص و لا أن عنوان المعاطاه قد ورد فى دليل لكى يؤخذ به و يحكم بعدم صدقه على ما نحن فيه و عليه فإبقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجى لاعتبار الملكيه.

نعم إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك لا تفيد إلا الإباحه الشرعيه لم يجز التصرف لكل من الجانبين فيما عنده من المال، بديهه أن هذه الإباحه إنما ثبتت بالإجماع، و هو دليل لبى فلا يشمل هذا القسم من المعاطاه.

ثم إن للمصنف هنا كلاما لم نحققه الى الآن، و إليك لفظه:

(ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاه أمكن خلو المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادله شى ء بشى ء من غير إيصال، و لا يبعد صحته مع

صدق البيع عليه بناء على الملك و اما بناء على القول بالإباحه فالإشكال المتقدم هنا

آكد)

و الوجه فى كون الاشكال المتقدم هنا آكد هو العلم بعدم قيام السيره هنا على اباحه التصرف دون الصوره السابقه و هى أن يكون التعاطى من طرف واحد.

أقول: إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغه الخاصه الفاقده لبعض شرائطها فلا يترتب عليه أثر بوجه، بل شأنها شأن تسميه الأجره للبذر و البقر فى عقد المزارعه.

و عليه فلا وجه صحيح للمصنف أن يلتزم بحصول النقل و الانتقال بذلك اللفظ- بناء على أن المعاطاه تفيد الملكيه- و أن يناقش فى جواز التصرف فى العوضين على القول بأنها تفيد الإباحه.

و ان كان غرضه من ذلك أن اللفظ إذا كان فاقدا لبعض شرائط الصيغه- فى مقام الإنشاء- كان ذلك مقاوله و من الواضح أن المقاوله تكشف عن اعتبار الملكيه، كما أن صيغه بعت تكشف عن ذلك. و إذن فتشمله العمومات الداله على صحه البيع، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بالمقاوله إنما هو التبانى على البيع و المبرز بصيغه بعت و نحوها إنما هو نفس البيع. و من الواضح أن أحدهما يباين الآخر. و اذن فلا يعقل ان يجعل احد المتباينين مصداقا لصاحبه، و لا ان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ما عليه البناء، و هو اعتبار الملكيه.

تمييز البائع عن المشترى فى البيع المعاطاتى

الأمر الثالث: أنه بما ذا يتميز البائع عن المشترى فى البيع المعاطاتى؟ لا شبهه فى أن الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشترى، لأنهما من الأمور الواضحه التى لا يحتاج الى البيان، ضروره أن من أنشأ البيع يسمى بائعا، و من يقبل ذلك يسمى مشتريا. و لا أن الغرض من ذلك هو تميز أحدهما عن الآخر فى

موارد الشبهات المصداقيه: بأن يوجد بيع معاطاتى فى الخارج و لم يميز فيه البائع عن المشترى من جهه الأمور الخارجيه، بديهه أن ذلك راجع الى باب المرافعات، و لا صله له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومى البائع و المشترى سعه و ضيقا لكى يتوضح مقدار صدقهما. و قد سمى المصنف أشباه ذلك فى أول كتاب الطهاره بالشبهه فى الصدق، و مرجعه فى الحقيقه إلى الشبهه المفهوميه و لذا أن الأصحاب لم يجعلوها قسما آخر وراء الشك فى أصل المفهوم.

و إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا فالذى يعطى العرض يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا لقيام سيره العقلاء و ديدنهم على ذلك. و إذا كان كلا العوضين نقدا، أو كان كلاهما متاعا و لكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان مع كون غرضه فى ذلك هو تحصيل الربح و المنفعه- كأهل التجاره و الكسب- و كان نظر الآخر الى رفع حاجته و كشف نوائبه و كرباته فقط فإن الأول يسمى بائعا و الثانى يسمى مشتريا و على هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشترى هو الماليه الخالصه لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه و مثال ذلك: أن يعطى أحد مقدارا من الحنطه ليأخذ لحما و كان غرضه من إعطاء الحنطه أنها تساوى درهما فان هذا يسمى مشتريا، و باذل اللحم يسمى بائعا. و إذا انعكس الأمر انعكس الصدق أيضا.

و ان كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا- من غير سبق مقاوله تدل على كون أحدهما

بائعا و الآخر مشتريا و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح و المنافع مع حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج و دفع الضروره فقط- كتبديل عباءه بعباءه أو كتاب بكتاب- إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوها أربعه:

۱- أن يكون ذلك بيعا و شراء بالنسبه الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۴

مبادله مال بمال، كما فى المصباح. و الاشتراء ترك شى ء و التمسك بغيره كما فى القاموس و لا شبهه فى تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطيين. و عليه فلو حلف أى منهما على عدم الاشتراء حنث بذلك. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع، و لا أحكام المشترى، لانصرافهما- فى أدله تلك الأحكام- الى من كان بائعا محضا، أو مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان- فى معامله واحده- مصداقا لهما باعتبارين.

و لكن يتوجه عليه: ان عنوان البائع و عنوان المشترى بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما فى المقام، كذلك يصدق على كل من المتبايعين فى كل بيع، حتى فيما إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا، و لازم ذلك أن لا يختص أحد المتبايعين فى البيوع المتعارفه بكونه بائعا، و ثانيهما بكونه مشتريا، و هذا بديهى البطلان.

۲- أن يكون ذلك بيعا بالنسبه الى من يعطى متاعه أو لا، لصدق الموجب عليه، و شراء بالنسبه إلى الآخذ، لكونه قابلا.

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه و إن كان صحيحا فى الجمله الا أنه لا يتم فى جميع الموارد، بديهه أنه لا شبهه فى جواز تقديم القبول على الإيجاب فى البيوع اللفظيه. و

علیه فیمکن أن یقصد المعطی أولا- فی البیع المعاطاتی- قبول الإیجاب المتأخر. و إذن فلا دلیل علی الحکم بکون الباذل أولا بائعا، و کون الباذل ثانیا مشتریا علی وجه الإطلاق.

٣- أن یکون ذلک صلحا معاطاتیا، لان المصالحه بمعنی التسالم، و من الواضح أن کل واحد من المتعاطیین یتسالم علی تبدیل ماله بمال صاحبه و من هنا حملوا الروایه الوارده فی قول أحد الشریکین لصاحبه لک ما عندک و لی ما عندی علی الصلح «١».

و لکن یرد علیه: أنه إن کان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسیع یشمل جمیع العقود حتی النکاح، الا

---

(١) قد تقدمت هذه الروایه فی ص ١٥۶.

أن المنشأ فی کل عقد بدء غیر ما هو المنشأ فی الصلح، بدیهه أن کل معامله و إن کانت لا تصدر الا عن تسالم من الطرفین علی تلک المعامله لکنه غیر عقد الصلح الذی یکون المنشأ فیه نفس عنوان الصلح. فکم فرق بین إنشاء الصلح و بین إنشاء معامله وقع التسالم علیها من الطرفین. نعم ان نتیجه إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتیجه بعض العقود الآخر.

و إن کان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحه التی تتمیز عن بقیه العقود فهو واضح البطلان، ضروره أن التعاطی المذکور بعید عن مفهوم الصلح و حقیقته.

و أما الروایه المزبوره فلا وجه لحملها علی الصلح بل هی تناسب الهبه المعوضه. و هذا واضح لا ریب فیه.

۴- ان یکون ذلک معاوضه مستقله من غیر أن یدخل هذا تحت أحد العناوین المتعارفه. و هذا هو الصحیح عندنا. و تدل علی صحته آیه التجاره

عن تراض «۱» و لا ريب أن أمثال هذه المعامله كثيره فى العرف.

أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطيين

اشاره

الأمر الرابع: فى أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطيين.

و لا ريب فى أن أصل المعاطاه- و هى إعطاء كل من المتعاطيين ماله لصاحبه- يتصور على وجوه.

و يحسن بنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم ما لا يستغنى عنه، و هو بيان الفارق بين هذا الأمر، و بين الأمر الثانى. و حاصله: ان جهه البحث فى الأمر الثانى إنما هى متمحضه فى بيان مورد المعاطاه. و بيان ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان.

و لذا ذكر المصنف فى طليعه البحث عنه:

(أن المتيقن من مورد المعاطاه حصول التعاطى فعلا من الطرفين).

---

(۱) سوره النساء ۴ الآيه: ۳۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۶

و جهه البحث فى الأمر الرابع إنما هى بيان ما قصده المتعاطيان، و لذا ذكر المصنف فى مطلع كلامه هنا ان أصل المعاطاه يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه شتى و إذن فمرجع البحث فى أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث فى الأمر الآخر، فلا تنافى بينهما و عليه فلا وجه لما أورده شيخنا الأستاذ على المصنف، و إليك نص مقرر بحثه: (أن الإيجاب و القبول يتحقق بدفع العين أولا- من البائع و قبضها من المشترى، و خروج ما يدفعه المشترى ثانيا و يقبضه البائع عن حقيقه المعاوضه، فيلزم أن يكون المعامله حاصله دائما بدفع العين أولا و قبضها، و يكون دفع المشترى دائما خارجا عن حقيقه المعاوضه و على هذا فلا وجه لما التزم به فى الأمر الثانى من ان المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين. لان المفروض أن العطاء الثانى لا اثر له، و لا يتحقق

به الا عنوان الوفاء بالمعاطاه).

و وجه عدم المنافاه بين الأمرين: انه لا تنافى بين الالتزام بأن الإيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولا، و ان دفع العين ثانيا خارج عن حقيقه المعاطاه، بل هو وفاء بالعقد، و بين القول بأن المتيقن من مورد المعاطاه هو ما إذا حصل التعاطى من الطرفين، فان العقد و ان تم بالإقباض و القبض أولا الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضا و اذن فلا تنافى بين الأمرين.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك

فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه- بحسب قصد المتعاطيين- على أربعه أقسام:

۱- ان يقصد كل من المتعاطيين تمليک ماله بمال الآخر

و عليه فيتم الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، و يكون دفع العين الثانيه خارجا عن حقيقه المعاطاه بل يكون ذلک وفاء لما التزم به بإزاء ما تملكه و على هذا فلو مات القابل بعد المطاوعه و قبل دفع العوض لم تبطل المعاطاه، لأنه مات بعد تحققها فى نظام الوجود.

۲- ان يقصد كل من المتعاطيين تمليک ماله للآخر بإزاء تمليک الآخر ماله إياه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۷

بحيث تكون المعاطاه متقومه بالعطاء من الطرفين مع كون التمليک بإزاء التمليک و عليه فلو مات الثانى قبل أن يملک ماله للأول لم تتحقق المعاطاه، إذ المفروض أن المقابله بين التمليكين، لا الملكين. و لا ريب أن هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع، لما عرفته فى أول الكتاب من أنه يعتبر فى مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان، و من الواضح ان نفس التمليک من الأفعال، فلا يقع مبيعا. نعم هو قريب من الهبه المعوضه من ناحيه، و بعيد عنها من ناحيه اخرى: أما قربه منها فمن جهه أن كلا من المالين خال عن العوض، إذ المفروض أن المقابله قد وقعت بين التمليكين، لا- بين الملكين، فتكون كالهبه المعوضه، لأجل وقوع التمليک بإزاء التمليک و أما بعده عنها فمن جهه أن حقيقه الهبه- معوضه كانت أم غيرها- عباره عن العطيه بلا بدل فقوامها بالمجانيه. و أما اعتبار العوض فى الهبه المعوضه فإنما هو على نحو الداعويه و الاشتراط، لا على نحو المقابله و المعاوضه.

و من الظاهر أن المفروض فى المقام إنما هو وقوع التمليک بإزاء التمليک، لا على نحو المجان، و بلا بدل. و الاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطى إما من قبيل المصالحه على أمر معين، أو من قبيل المعامله المستقله و هذا ظاهر

لا خفاء فيه.

۳– أن يقصد الباذل أولا إباحه ماله للآخذ بإزاء أن يملک الآخذ ماله إياه

فتقع المبادله بين الإباحه و التمليک.

۴– أن يقصد كل من المتعاطيين إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه

فتقع المقابله بين الاباحتين، أو تكون الإباحه الاولى بداعى الإباحه الثانيه انتهى ملخص كلام المصنف.

و لا يخفى على الفطن العارف: أن الوجوه المتصوره فى المقام و إن كانت كثيره- كما أوضحها- غير واحد من المحشين- و لكن يتضح حكمها من الأقسام المذكوره.

و من هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الأقسام المتصوره فى المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۸

أما القسم الأول-: أعنى به وقوع المقابله بين المملوكين- فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتى، فيكون مشمولا للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه، و تترتب عليه أحكامه و آثاره. و قد فصلنا ذلک فى الأمر الأول.

و اما القسم الثانى:- أعنى به وقوع المبادله بين التمليكين- فلا نعقل له معنى محصلا، بديهه أن حقيقه البيع عباره عن إعدام إضافه مالكيه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فى كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنه المالک بسلطنه اخرى لكى يحتاج ذلک الى وجود سلطنه ثالثه. و هكذا حتى يلزم منه التسلسل. و هذا بخلاف مقابله التمليک بالتمليک، فإنها تحتاج الى وقوع المقابله بين السلطنتين، و هو يحتاج إلى سلطنه أخرى، و هكذا الى غير النهايه. و اذن فمقابله التمليک بالتمليک بعيد عن حدود البيع.

و أضف الى ذلک: ان مفهوم البيع انما هو إنشاء تبديل عين بعوض- و قد تقدم ذلک عند البحث عن تعاريف البيع- و من المعلوم ان التمليک بنفسه من قبيل الافعال، فلا يقع مبيعا.

ثم ان من المستحيل نقل التمليک الى غيره بدء بإعطاء العين، أو بقبول ملكيتها بل لا بد فى نقل التمليک من إنشاء آخر يتضمن ذلک، كقوله ملكتک تمليكى العين الفلانيه، أو بأن يشترط

التملیک فی ضمن عقد لازم: بأن باع داره من شخص، و اشترط فی ضمن البیع ان یملکه ماله الفلانی بحیث یکون متعلق الشرط نفس التملیک دون المملوک.

و علی الجمله إن الملکیه الشرعیه اعتبار شرعی غیر قابل للتملیک، و التملیک العقدی فعل من أفعال العاقد، و هو و إن کان قابلا للتملیک، الا انه غیر قابل له بتملیک المال لفظا بمثل ملکت، أو بإعطاء المال فعلا. و قد اتضح لک مما أوضحناه حکم القسم الثالث و القسم الرابع أیضا، و انه لا تتصور الإباحه بإزاء الإباحه، و لا الإباحه بإزاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۹

التملیک بإعطاء العین و قبضها.

ثم ان المصنف قد ناقش فی القسمین الآخرین- الثالث و الرابع- من ناحیتین: الأولی: ان الإباحه من حیث هی إباحه لا تسوغ التصرفات المتوقفه علی الملک، الا علی نحو التشریع. الثانیه: ان الإباحه بإزاء التملیک- التی ترجع الی عقد مرکب من اباحه و تملیک- خارجه عن المعاوضات المعهوده شرعا و عرفا، و لا شبهه فی أن صدق التجاره علی هذه المعاوضه محل تأمل، فضلا عن صدق البیع علیها: و اذن فلا تکون مشموله لآیه التجاره عن تراض، و لا غیرها. ثم أطال الکلام حول ذلک نقضا و إبراما و لکن قد ظهر لک مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتین المناقشتین أصلا و رأسا الا انه لا بأس بالتعرض لهما تأسیا للمصنف (ره).

فنقول: اما المناقشه الأولی فحاصل ما ذکره فیها: ان المالک و ان کان له ان یبیح التصرف فی أمواله لشخص آخر الا انه لا ینفذ إذنه إلا فی التصرفات المشروعه مع قطع النظر عن اذن المالک، بدیهه ان اذن المالک لیس مشرعا لکی یوجب جواز

التصـرف فى مـاله للمجـاز له على وجه الإطلاـق. و عليه فلاـ يجوز للمالـك ان يـأذن لغيره فى بيع مـاله لنفسه، لإنه لا بيع إلا فى ملـك. بل يسـتحيل عقلا صـدق مفهوم البيع عليه لان مفهومه مبادله مال بمال، و من الواضـح انه لا يتحقق هـذا المفهوم الا برفع الإضافه المالكيه عن احـد العوضـين و وضـعها على العوض الآخر. و عليه فإذا لم يدخل الثمن فى فى ملك من خرج المثمن عنه كان ذلك خارجا عن مفهوم البيع قطعا. و لا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه.

نعم

لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقفه على الملک بوجوه شتی:

١- ان يكون غرض المبيح من قوله: أبحت لک ان تبيع مالی لنفسک توكيل المباح له فی نقل ماله- المبيح- الی نفسه- المباح له-

ثم بيع ذلك المال لنفسه- المباح له- أو ان المبيح يوكل المباح له فى بيع ماله، ثم نقل ثمنه الى نفسه- المباح له

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٠

أو يقصد المبيح تمليك ماله للمباح له بقوله: أبحت لك مالى إلخ بحيث تكون الإباحه بمنزله إنشاء الهبه، و يكون بيع المباح له بمنزله القبول. و عليه فيكون ذلـك نظير قول القائـل: أعتق عبـدك عنى بكـذا، حيث إن القول المزبور اسـتدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل، و إعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمنى.

و عليه فيكون العبد ملكا للمستدعى آنا ما، ثم ينعتق عن قبله.

و فيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه، إذ ليس المقصود هنا اذن المالك للمباح له فى نقل المال الى نفسه أولا، و لاـ فى نقل الثمن اليه ثانيا، و لا أن المالك قصـد التمليك بقوله: أبحت لك إلـخ، و لا أن المخاطب قصـد التملك عنـد البيع، لكى يتحقق هنا تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب بالدلاله الاقتضائيه. كما كان كذلك فى قضيه أعتق عبدك

عنی.

۲- أن یدل دلیل خاص علی کون مال المبیح ملکا للمباح له بمجرد الإباحه

فیستکشف من ذلک الدلیل ان البیع الذی أوقعه المباح له قد وقع فی ملکه، أو قام دلیل خاص علی صیروره الثمن ملکا للمباح له، فإنه یستکشف من ذلک الدلیل دخول الثمن فی ملک المبیح آنا ما- لکی لا یستحیل صدق مفهوم البیع علیه- ثم انتقاله من ملک المبیح الی ملک المباح له. و علیه فیکون ما نحن فیه بمنزله شراء العمودین، فإنهما یدخلان فی ملک المشتری آنا ما، ثم ینعتقان علیه جمعا بین ما دل علی أنه لا عتق إلا فی ملک، و بین ما دل علی أن الإنسان لا یملک عمودیه.

و هذا الوجه أیضا لا یجری فی المقام، إذ لم یدلنا دلیل خاص علی صحه هذه الإباحه العامه. و أما دلیل السلطنه فلا تزاحم الأدله الداله علی توقف بعض التصرفات علی الملک- کالعتق و البیع و الوطی و نحوها- بل هی حاکمه علی دلیل السلطنه.

و السر فی ذلک: أن دلیل السلطنه قد أثبت السلطنه علی الأموال، دون الاحکام، فیکون ناظرا الی نفوذ سلطنه المالک فی التصرفات التی ثبت جوازها- فی

الشریعه المقدسه- مع قطع النظر عن دلیل السلطنه. و من هنا اتضح لک الفارق بین ما نحن فیه، و بین شراء العمودین.

۳- ما أشار إلیه فی آخر کلامه، و هو أن یکون ما نحن فیه من قبیل رجوع الواهب عن هبته لکی یقع البیع فی ملک الواهب.

فکما أن بیع الواهب یقتضی دخول العین الموهوبه فی ملکه، کذلک أن تصرف المباح له تصرفا یتوقف علی الملک یقتضی دخول المال المباح فی ملکه.

و هذا الوجه أیضا غریب عما نحن فیه إذ لم یثبت جواز مثل هذا التصرف لکی تکشف صحته عن الملکیه آنا ما ملکیه تحقیقیه قبل تحقق ذلک التصرف. انتهی ملخص کلام المصنف.

أقول

یقع الکلام فی التصرفات المتوقفه علی الملک فی ناحیتین:

الناحیه الاولی: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغیر المالک.

لا ریب فی أنها قد تکون تکوینیه، و قد تکون اعتباریه: أما التصرفات التکوینیه فلا تجوز لغیر المالک و ان کان صدورها عنه بعنوان النیابه عن المالک.

و بیان ذلک: أنه إذا دل دلیل بالخصوص علی جواز تلک التصرفات التکوینیه لغیر المالک أخذ به- کوطی الجاریه المملوکه

الثابت جوازه بالتحليل- و إن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنه، لأنه ناظر الى جواز التصرفات التى هى مشروعه للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنه و أن هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعا عن تلك التصرفات. و أما التصرفات التى نشك فى مشروعيتها، أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشموله لدليل السلطنه، لعدم كونه مشرعا. و على هذا فلو أذن المالك لأحد فى التصرف فى ماله تصرفا متوقفا على الملك لم يمكن إثبات مشروعيته بدليل السلطنه هذا كله فى التصرفات التكوينيه.

أما التصرفات الاعتباريه فلا تتوقف صحتها على الملك، بل لا تتوقف صحتها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۲

على اذن المالك و توكيله، لما سيأتى من الحكم بصحه العقود الفضوليه التى لحقتها اجازه المالك.

نعم ربما يتوهم قيام الإجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك، سواء أ كان ذلك باذن المالك، أم كان فضوليا، ضروره أن إذن المالك لا يؤثر فى مشروعيه التصرفات المتوقفه على

الملک، و انما یؤثر اذنه فی رفع الحرمه التکلیفیه فقط. و إذن فمنزله العتاق منزله الطلاق. فکما أن الطلاق لا یصح من غیر الزوج، کذلک ان العتاق لا یصح من غیر المالک، الا أن یعد فعل غیر المالک فعلا للمالک، کالوکیل.

و لکن هذا التوهم فاسد، بدیهه أنه لیس فی المقام إجماع تعبدی، بل من المحتمل القریب ان یکون مستند المجمعین ما دل علی عدم نفوذ العتق إلا فی ملک، و سیأتی عدم ارتباطه بمقصود المستدل و اذن فلا محذور فی صحه العتق من غیر المالک. و هذا لا یقاس بالطلاق، لدلاله الدلیل علی انه لا یصح من غیر الزوج، بخلاف العتاق، فإنه لم یدل دلیل علی عدم صحته من غیر المالک. قیل:

انه لا یصح العتاق من غیر المالک، لا من جهه الإجماع کما توهم، بل من جهه ما دل علی انه لا عتق إلا فی ملک «۱» و الجواب عن ذلک:

ان سبیل ذلک سبیل ما دل علی انه لا بیع إلا فی ملک و المراد بهما أحد الأمرین:

الأول: اعتبار الملک الفعلی فی صحه البیع و العتق، فلا یصح بیع أو عتق ما یملکه بعد ذلک الثانی: اعتبار الانتساب الی المالک فی نفوذ البیع و العتق، فلا ینفذ علی المالک بیع الأجنبی، و علی کلا التقدیرین فالروایه لا تنافی صحه البیع الفضولی، و لا صحه العتق الصادر من غیر المالک مستندا إلی اذن المالک و المتحصل من جمیع ما بیناه هو صحه العتاق باذن المالک

الناحیه الثانیه: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفه علی الملک لغیر المالک فهل ترجع نتیجتها الی المتصرف، أم یرجع ذلک الی المالک؟

---

(۱) راجع الوافی ج ۶ ص ۸۳.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۳

لا ریب فی ان التصرفات التکوینیه خارجه عن مورد بحثنا، إذ لا یشک احد من العقلاء فی ان

نتيجه أى فعل يصـدر من أى فاعل ترجع الى فاعل هـذا الفعل، لا الى غيره، بديهه انه لا معنى لأن يشـرب أحد ماء فيرتوى غيره، أو يأكل أحـد طعاما فيشـبع الآخر، أو ينام واحد فيستريح صاحبه، أو يشـتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالما. و هكذا سائر الأفعال التكوينيه.

و اما التصـرفات الاعتباريه- كالبيع و نحوه- فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره، لما عرفته مرارا من ان حقيقه البيع تبديل عين بعوض فى جهه الإضـافه، و مقتضـى ذلـك هو انتقال المثمن من ملك مالكه الى ملك مالك الثمن و بالعكس: بأن يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و يجعلها قائمه بالثمن، و يفك المشترى إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك: أنه إذا باع زيـد طعامه من بكر بـدينار صار الـدينار ملكا لزيـد، و لو صار ذلك الـدينار ملكا لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه. و اذن فيسـتحيل ان ترجع نتيجه البيع الى غير المالـك. و من هنا اتضـح لك ان قول القائل: (بع مالى لنفسك) إن رجع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلثه المتقدمه فلا بأس به و الا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط.

و قد تجلى لك مما أوضحناه حكم سائر العقود و المعاوضات التمليكيه. و أيضا ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين، كما ظهر لـك من ذلـك وجه الالـتزام فيه بـالملكيه الآـنيه التحقيقيه. و وجه الظهور: أنه قـد ورد فى الشـريعه المقـدسه أن الإنسان لا يملك عموديه «۱» و ورد فيهـا أيضـا انه يجوز للابن أن يشترى عموديه. و قـد عرفت قريبا: انه يسـتحيل صـدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل فى

---

(۱) راجع

الوافى ج ۶ ص ۹۶.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۴

جهه الإضافه و من الواضح ان الجمع بين هذه الأمور يقتضى الالتزام بدخول العمودين فى ملك الابن آنا ما، ثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكيه دوام و ثبات. بل حصولها مقدمه لزوالها. و اذن فالالتزام بهذه الملكيه يقتضى تخصيص ما دل على ان الإنسان لا- يملك عموديه، و لا يمكن الالتزام بتخصيص ما ذكرناه- و هو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده- بديهه ان الاحكام العقليه غير قابله للتخصيص. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد ظهر لک من مطاوى ما ذكرناه ان الإنسان يملك عموديه آنا ما ملكيه تحققيه لا ملكيه تقديريه فرضيه على ما اشتهر فى ألسنه المحصلين، لعدم ترتب الأثر على الملكيه التقديريه بوجه. و على هذا فلا وجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين. و بين بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه حيث التزم بالملكيه الآنيه التقديريه فى الأول و بالملكيه التحقيقيه فى الثانى مع أنهما من واد واحد.

و قد اتضح لک أيضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الأدله- الذى يوجب الالتزام بالملكيه الآنيه التحقيقيه- إنما هو الجمع بين الدليل العقلى-: اعنى استحاله صدق مفهوم البيع على ضده- و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الإنسان لا- يملک عموديه، و ليس المراد من الجمع بين الأدله الجمع بين ما دل على انه لا عتق إلا فى ملك و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الابن لا يملك عموديه، ضروره انه لو كان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق

إلا فى ملک لأمکن تخصیصه بما دل على جواز شرائهما و انعتاقهما من دون ان یترتب علیه محذور لعدم استحاله العتاق فى غیر الملک. و هذا بخلاف ما کان المانع هو الدلیل العقلى، فإنه غیر قابل للتخصیص هذا کله فى البیع.

و اما العتاق فهل یمکن ان ترجع نتیجته الى غیر المالک أم لا بد و ان ترجع الى المالک فقط؟

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۵

الظاهر أنه لا ریب فى صحه العتق عن غیر المالک، إذ لم یرد فى آیه و لا فى روایه و لا فى معقد إجماع عدم جواز ذلک و لم یقم دلیل عقلى أیضا على استحالته. بل لو التزمنا- فى الناحیه الأولى باشتراط صدور العتق من المالک لما دل على نفى جواز العتق إلا- فى ملک، فان هذا لا- یکون وجها للالتزام بعدم الجواز هنا، إذ المفروض أن المتصدى للعتق إنما هو المالک، لانه بنفسه أعتق عبده عن غیره تبرعا.

و نتیجه البحث: أن المالک إذا أعتق أحد ممالیکه عن نفسه أو عن غیره، أو أذن لأحد أن یعتقه عن نفسه أو عن المالک أو عن ثالث کان العتاق نافذا، إذ لا نرى مانعا عقلیا و لا مانعا شرعیا عن ذلک. بل یدل على نفوذه و لزومه قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، إذ لیس المراد بالعقد فى الآیه الکریمه هو العقد المصطلح الذى یحتاج إلى الإیجاب و القبول لکى تخرج الإیقاعات عن حدودها، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه فى البحث عن لزوم المعاطاه. و من الظاهر أن العقد بأحد هذین المعنیین یشمل الإیقاعات أیضا.

و قد تبین لک مما تلوناه علیک: أنا لا نحتاج فى تصحیح قول الرجل

لصاحبه أعتق عبدك عنى الى ما ذكره الأصوليون من دلالته على التمليك دلاله اقتضائيه- التى تتوقف عليها صحه الكلام عقلا أو شرعا- و وجه عدم الاحتياج الى ذلك ما ذكرناه قريبا من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الإمكان. و عليه فقول القائل لأخيه: أعتق عبدك عنى محمول على استدعاء العتق التبرعى المجانى. هذا كله ما يرجع الى بيان الكبرى الكليه فى حكم التصرف فى مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفا تكوينيا أو اعتباريا.

ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام الى بيان انطباق تلك الضابطه على بعض الأمثله المعروفه فى الألسنه: و هو قول القائل: أعتق عبدى عن نفسک. و قوله أعتق عبدک عنى:

أما المثال الأول فإن رجع الى توكيل غيره فى تملك العبد ببيع و نحوه ثم عتقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۶

عن نفسه فإنه لا يخالف القواعد الشرعيه. و إن لم يرجع ذلك الى التوكيل، بل أخذنا بظاهره، و هو العتاق المجانى، فإن قلنا بأن العتق لا يصدر الا من المالك- و ان كانت نتيجته راجعه إلى غيره- كان الكلام المذكور لغوا محضا فى نظر الشارع. و إن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك، مع إذن المالك فى ذلك صح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج إلى التأويل.

أما المثال الثانى:- أعنى به أعتق عبدک عنى- فإن رجع الى توكيل المالك فى شراء عبده للمستدعى ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه. و إن أخذنا بظاهره و قلنا بجواز العتق عن غيره تبرعا و مجانا- سواء أسبقه الاستدعاء، أم لم يسبقه ذلک- كان المثال المزبور صحيحا بظاهره بلا احتياج إلى التأويل، و الا فيكون لغوا محضا.

ثم إنه بقى هنا أمران، و يهمنا التعرض لهما:

الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزى ذلک عن العتق الواجب- كالكفاره و نحوها- أم لا؟

التحقيق: أنه لو

قلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلک عن العتق الواجب لأنا ذکرنا فی مبحث التعبدی و التوصلی: أن إطلاق الأوامر المتوجهه إلی المکلفین یقتضی مباشرتهم بامتثالها، و من هنا لا تسقط الواجبات العبادیه- کالصوم و الصلاه و الحج و نحوها- عن أی مکلف بامتثال غیره، و لا یقاس ذلک بالدیون المالیه التی یجوز أداؤها لکل أحد مجانا، إذ علم فی الشریعه المقدسه ضروره أنه یجوز لأی شخص أن یؤدی دین أخیه المؤمن تبرعا، بل هو أمر استحبابی جزما.

الأمر الثانی: أنه هل یحکم بضمان المعتق عنه للمالک إذا استدعی منه عتاق عبده أم لا؟

لا شبهه فی عدم ضمانه بذلک إذا کان عتق المالک عبده عن غیره تبرعا و مجانا.

و إن لم یکن قصد المالک العتق المجانی فإن علم من حال المستدعی التماس العتاق مجانا فلا شبهه فی عدم الضمان أیضا، کما هو کذلک فی موارد التسؤل، و الا فیحکم بالضمان.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۷

و نظیر ذلک قول القائل لأحد احمل هذا المتاع الی محل فلانی، أو احلق رأسی، أو غیر ذلک، فان الآمر فی جمیع هذه الموارد یضمن عمل المأمور جزما.

بحث فی جهات

اشاره

قوله: (و عرفت أیضا: أن الشهید فی الحواشی لم یجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزکاه و ثمن الهدی).

أقول: بقیت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها:

الجهه الاولی: أنه قد یناقش فی إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی ثمن الهدی

و لکن لا وجه لهذه المناقشه، لان الهدی قد یشتری بالثمن الکلی، ثم یعطی ذلک من مال المبیح و قد یشتری بالثمن الشخصی، و هو مال المبیح: أما الأول فلا شبهه فی صحته، إذ لا مانع من أداء الدین من مال شخص آخر مع اذنه فی ذلک أما الثانی فلا وجه له أیضا، إذ لم یدلنا دلیل علی اعتبار کون الهدی ملکا لمن یجب علیه.

الجهه الثانیه: أنه هل یجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزکاه؟

اشاره

تاره نقول بتعلق الخمس و الزکاه بالعین، کما هو الظاهر. و أخری نقول بتعلقهما بالذمه، و علی کلا التقدیرین یقع الکلام فی

ناحيتين:

الناحيه الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاه المتعلقين بذمه غيره أو ماله؟

الظاهر هو عـدم الجواز: أما بناء على تعلقهما بالعين فواضح. أما بناء على تعلقهما بالذمه فلان الأوامر ظاهره فى ثبوت المكلف به فى ذمه نفس المكلف، و عدم سقوطه عنه بامتثال غيره إياه إلا بدليل خاص.

و من الظاهر ان الدليل و ان دل على جواز أداء الدين الثابت فى ذمه شخص

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۸

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيه قصد القربه غير معلوم. و أصاله الإطلاق يندفع بها احتمال سقوطه.

الناحيه الثانيه: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاه بماله أو بذمته أن يؤديهما بمال شخص آخر؟

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاه بالعين لم يجز للمالك ان يعطيهما من مال غيره.

نعم يجوز له تبـديلهما بغيره من ماله فقط لـدليل خاص. و ان قلنا بتعلقهما بالذمه إما ابتداء- كما ذهب اليه جمع من الأصـحاب- أو قلنا بتعلقهما بالعين بدء، و لكنهما قد انتقلا إلى الذمه بعد إتلافهما فإن الظاهر انه لا شـبهه فى أدائهما من مال شخص آخر مع الاذن فيه، لا من ناحيه اعتبار قصد القربه فى ذلك و لا من ناحيه تعلقهما بالعين:

اما عـدم الشـبهه فى ذلك من الناحيه الاولى فلأن ما يعطى بـدل الخمس و الزكاه و ان كان ملكا لغيره، و لكن المتصـدى للأداء إنما هو نفس المكلف، فله ان يضيف ذلك الى المولى، و يأتى به امتثالا لأمره تبارك و تعالى.

اما عـدم الشـبهه فى ذلك من الناحيه الثانيه فلأن حق الساده و الفقراء إذا فرضـنا تعلقه بالـذمه ابتـداء أو انه انتقل إلى الـذمه بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمه ان يطبقه على اى فرد يريد.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۸۸

الجهه الثالثه: انه قد التزم المصنف- على ما هو ظاهر كلامه- بالملكيه التقديريه فى ديه الميت.

و لعله من ناحيه الجمع بين ما دل على توقف الإرث على الملك، و بين ما دل على ان ديه الميت للوارث.

و التحقيق: انه ان قلنا بعدم توقف إرث الديه على الملك فلا مجال للالتزام بالملك التقديرى. و ان قلنا بتوقفه على الملك- كما هو مبنى كلام المصنف- فلا مناص عن الالتزام بالملكيه التحقيقيه، إذ لا يترتب اثر على الملكيه الفرضيه.

أقسام الإباحه المعوضه

اشاره

قوله: (و اما الكلام فى صحه الإباحه بالعوض سواء صححنا إباحه التصرفات المتوقفه على الملك، أم خصصنا الإباحه بغيرها).

أقول: محصل كلامه: أن البحث هنا يقع فى ناحيتين:

الاولى: فى صحه الإباحه بالعوض،

و قد نوقش فى ذلك بأنها خارجه عن المعاوضات المتعارفه المعهوده شرعا. على أنه يتأمل فى صدق عنوان التجاره عليها فضلا عن البيع.

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنه، و دليل وجوب الوفاء بالشرط و يمكن ان يكون ذلك نوعا من الصلح، لان الصلح هو التسالم، و من البين أن ما نحن فيه مصداق للتسالم.

و دعوى: أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكى يكون مصدقا له دعوى جزافيه، إذ لم يشترط فى حقيقه المصالحه إنشاؤها بلفظ الصلح. و من هنا حمل الأصحاب ما ورد فى الروايه «١» قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى على المصالحه مع أنه لم ينشأ بماده الصلح أو التسالم. و من ذلك أيضا ما ورد «٢» فى مصالحه الزوجين

الناحيه الثانيه: أنه إذا قلنا بكون الإباحه بالعوض معاوضه مستقله فهل يحكم بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها مطلقا وجوه؟.

أقواها أولها، لعموم المؤمنون عند شروطهم، ثم أوسطها، لأن المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيح، فان ماله باق على ملكه، و أنه مسلط عليه.

---

(١) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ١٥٦.

(٢) راجع الوافى ج ١٢ ص ١٤٧.

و التحقيق: أن الإباحه بالعوض خارجه عن حدود الصلح، بداهه أنها مغايره لمفهوم الصلح. و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحه.

و الا لزم إرجاع جميع العقود- حتى النكاح- الى الصلح بل الإباحه بالعوض تتصور على وجوه شتى:

١- أن تجعل نفس الإباحه عوضا فى المعامله: بأن يقول أحد لصاحبه: بعتك هذا الكتاب بإزاء أن تبيحنى كتابك الآخر و هذا لا شبهه فى صحته و لزومه للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها.

و دعوى: أن الإباحه من قبيل الاعمال و الأفعال، فهى لا تكون عوضا فى العقود المعاوضيه دعوى

جزافيه لأنـا ذكرنـا فى أول الكتـاب: ان عمـل الحر و إن لم يكن مبيعـا فى البيع، و لكن يصـح جعله عوضـا فيه. و اذن فلا نعرف وجها صحيحا لما ذكره المصنف من التأمل فى صدق التجاره عن تراض على الإباحه المعوضه.

و أما الاسـتدلال على صـحه ذلك بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «۱» فيرد عليه أولاـ: أن الشـرط فى اللغه بمعنى الربط بين شيئين. و من الواضح أن الشروط الابتدائيه لا يصدق عليها عنوان الشرط. فتكون خارجه عن حدود الروايه.

ثانيـا: أنـا لو سـلمنا شـمول الروايه للشـروط الابتـدائيه. و لكن ليس المراد من الاـلتزام هو الاـلتزام الوضـعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لاـ يزول بفسـخه، بـل المراد من ذلـك إنمـا هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشـرطه، لانه من علائم إيمانه.

۲- أن تكون الإباحه مشروطه بالتمليک: بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله.

۳- أن تكون الإباحه معلقه بالتمليک: بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله.

---

(۱) راجع الوافى ج ۱۲ ص ۸۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۱

۴- أن يكون التمليک عنوانا للموضوع بأن يقول: أبحت مالى هذا لمن يملكنى عشره دنانير.

۵- أن يبيح ماله لزيد بداعى أن يملک زيد ماله إياه.

أمـا الوجه الثـانى فـإن كـان الشـرط فيه من قبيـل شـرط النتيجه فبقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيـح. و إن كان ذلک من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليک، لوجوب الوفاء بالشرط.

أمـا الوجه الثـالث فلا شـبهه فى أن الإباحه فيه بمنزله الحكم و ما علقت به الإباحه بمنزله الموضوع. و عليه فإذا تحقق الموضوع- بأن ملک المباح له ماله للمبيح- تثبت الإباحه، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعه الخارجيه. و

من هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضا.

أما الوجه الخامس فهو خارج عن حريم الإباحه المعوضه. إذ الداعى لا يعتبر عوضا، و لا يضر تخلفه فى المعاوضات و غيرها.

جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات

اشاره

الأمر الخامس: هل تجرى المعاطاه فى غير البيع من العقود و الإيقاعات؟.

تحقيق المقام: أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعده هو انحصار العقود و الإيقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطاه إلا فى مورد قام دليل خاص- من نص أو إجماع أو سيره- على جريانها فيه، و ذلك لأن المعاطاه حينئذ على خلاف القاعده، فيقتصر فى مخالفتها على مورد الدليل.

و إذا قلنا بأن القاعده تقتضى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات بكل ما هو صالح لابراز الاعتبار النفسانى جرت المعاطاه فى جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها فى فرد خاص، أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشى ء خاص.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۲

و لكن الظاهر أنه لم يرد- فى آيه و لا فى روايه و لا فى معقد إجماع- انحصار المبرز فى جميع العقود و الإيقاعات بمبرز معين. و عليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاه فى جميعها إلا ما خرج بالدليل. و إذن فيكون ما هو المنشأ بالافعال من المعاملات مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما.

ثم إنه منع شيخنا الأستاذ عن جريان المعاطاه فى النكاح و الوصيه و التدبير و الضمان:

أما الوجه فى عدم جريانها فى النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لضده- و هو الزناء- بل هو مصداق له حقيقه و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شى ء من الأمور الإنشائيه بضده.

أما الوجه فى عدم جريان المعاطاه فى الوصيه و التدبير و الضمان فلأنها أمور لا

تنشأ إلا بالقول، ضروره أنه ليس فى مواردها فعل يكون مصداقا لأحد هذه العناوين المذكوره، بداهه أن انتقال الدين من ذمه إلى ذمه- الذى هو معنى الضمان- لا يمكن أن يتحقق بأى فعل من الأفعال، و كذلك العتق و الملكيه و القيمومه بعد موت الموصى. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن كون الفعل ضدا للنكاح إنما هو من ناحيه أن الشارع قد اعتبر فى عقد النكاح مبرزا خاصا- و هو اللفظ- و لا ريب فى أن مورد البحث فى المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك. و عليه فالزوجيه فى نفسها- مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزا خاصا- قابله للإنشاء بالفعل. و عليه فيكون الفعل بنفسه مصداقا للنكاح بالحمل الشائع.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الأستاذ و لكنه مختص بالفعل الخاص، و لا يعم كل فعل من إشاره و نحوها.

فغايه الأمر: أنه لا تحصل الزوجيه فى نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقا للتزويج عرفا و فى نظر العقلاء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٣

أما الضمان فلعل وجه المناقشه فى عدم حصوله بالمعاطاه أنه نقل المال من ذمه إلى ذمه، فلا يتحقق بالفعل الخارجى.

و لكن يتوجه عليه: أن النقل إنما هو فى عالم الاعتبار- كالتمليك فى البيع و غيره- و الاعتبار أمر قائم بالنفس، و اللفظ أو الفعل مبرز له، و لا مانع من أن يكون الفعل مبرزا لاعتبار الانتقال و إن كان هو الإشاره و نحوها.

أما التدبير و الوصيه فمنشأ المناقشه فيهما إنما هو حصر الإنشاء المعاطاتى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه لا يعقل إنشاء العناوين المذكوره بذلك، بداهه أنهما أمران استقباليان،

فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت.

و عليه فكل ما يوجد فى الخارج من الأفعال لا يكون مصداقا للتدبير أو الوصيه.

و الجواب عن ذلك:

أن عنوان المعاطاه لم يرد فى دليل خاص لكى يقتصر على تحقق التعاطى من الطرفين حفظا لذلك العنوان، بل إنما التزمنا بمشروعيه المعاملات المعاطاتيه من ناحيه قيام الفعل مقام القول فى إبراز الأمور النفسانيه. و على هذا فلا يختص الإنشاء الفعلى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين. بل يجرى ذلك فى جميع ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى من الإشاره و غيرها، و من هنا يصح طلاق الأخرس بالإشاره المفهمه.

و على الجمله: إن القاعده الأوليه تقتضى جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات. بداهه أنها ليست إلا الاعتبارات النفسانيه المبرزه بمبرز خارجى فعلى أو قولى. فإنه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الإيقاع. فيكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ فى إنشاء عقد النكاح، و اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الطلاق. و عليه فيكون ذلك تخصيصا للقاعده المذكوره كما لا يخفى.

و قد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود و الإيقاعات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۴

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعامله كالاعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه يصدق عليهما عنوان البيع و نحوه. و بعض الأفعال لا يصدق عليه ذلك، كإخراج الرجل زوجته من بيته، فإنه لا يصدق عليه عنوان الطلاق. كما اتضح لك أيضا: أنه لا احتياج الى تطويل الكلام هنا بالنقض و الإبرام، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين.

ثم إنه نوقش فى جريان المعاطاه- على القول بكونها مفيده للملك- فى الهبه، لقيام الإجماع على أن الهبه لا تفيد

الملکیه إلاـ بالإیجاب و القبول اللفظیین و علیه فجریان المعاطاه فی الهبه متوقف علی القول بإفاده المعاطاه الإباحه، و هذا مخالف لمذهب المحقق الثانی فبناء علی مسلکه لا تجری المعاطاه فی الهبه.

و لکن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، بداهه أنه لیس هنا إجماع آخر غیر الإجماع الذی توهم قیامه علی اعتبار اللفظ فی إنشاء مطلق العقود و الإیقاعات- کما نبه علیه السید فی حاشیته- و من الواضح أن هذا الإجماع لیس بتمام.

ثم إنه وقع الخلاف بین الأصحاب رضوان اللّه علیهم فی جریان المعاطاه فی طائفه من العقود و الإیقاعات:

١- القرض حیث إنه و إن کان مقتضیا، إلا أن تأثیره مشروط بالقبض الخارجی.

و علیه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل: أعنی به القبض و الإقباض لزم منه اتحاد المقتضی و الشرط، و هو محال، ضروره أن المقتضی یغایر الشرط فی الوجود، و إذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدین، و هذا واضح لا ریب فیه.

و أضف الی ذلک: أن رتبه الشرط متأخره عن رتبه المقتضی، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن یکون شی ء واحد متقدما و متأخرا. و الجواب عن ذلک:

أن الحکم الشرعی إنما یتحقق بجعل الشارع، و یستحیل أن یؤثر فیه موجود خارجی بنحو الاقتضاء أو الاشتراط. و التعبیر عن موضوع الحکم بالسبب أو الشرط اصطلاح من العلماء. و واقع الأمر أنه لا سببیه و لا شرطیه، بل الحکم قد جعل علی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۵

نحو القضیه الحقیقیه علی الموضوع المقدر وجوده بخصوصیاته المعتبره فیه. فقد اعتبر فی صحه القرض تحقق الإنشاء و حصول القبض، فقد یتعددان وجودا و قد یتحدان. نعم الشرط العقلی- الذی هو عباره عما تتم به فاعلیه الفاعل، أو قابلیه القابل- یستحیل اتحاده مع المقتضی، لاستلزامه ما تقدم من المحذور.

و یکشف عما ذکرناه أنه لو تمت المناقشه المذکوره لجری مثلها فی الهبه و بیع الصرف و السلم، مع أن

وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس فی کبد السماء.

۲- الرهن حیث إن المعاطاه إما تفید الإباحه المجرده، أو الملکیه الجائزه،

و من البین أن کلتیهما لا- تلائم الرهان، بداهه أن العین المرهونه وثیقه للمرتهن. و بدیهی أن جواز الرهن ینافی الاستیثاق. و الجواب عن ذلک:

أن القول بالإباحه أو الملکیه الجائزه إنما هو من ناحیه توهم الإجماع علی أن المعاطاه لا تفید الملکیه أصلا، أو الملکیه اللازمه من أول الأمر، و إلا- لکانت المعاطاه مشموله للأدله الداله علی صحه العقود و الإیقاعات و لزومهما و من الظاهر أن الإجماع دلیل لبی، فلا یؤخذ منه الا بالمقدار المتیقن، و هو العقود التی تتصف باللزوم تاره و بالجواز أخری و اما العقود التی هی لازمه فی ذاتها- کالرهن- فهی خارجه عن معقد الإجماع، و لا أقل من الشک فی ذلک. فهو کاف فی إثبات مقصودنا.

و الذی یدلنا علی هذه النکته القیمه: أن کلمات أغلب المجمعین ظاهره، بل صریحه فی أن المعاطاه مفیده للإباحه أو الملک الجائز. و لیس معقد الإجماع فی کلماتهم أن ما لیس فیه لفظ من العقود و الإیقاعات فهو غیر لازم و إذن فلا- بأس بجریان المعاطاه فی الرهن و یکون لازما من أول الأمر إذ لا نطمئن بدخوله فی معقد الإجماع المتقدم.

و یضاف إلیه: أن ذلک الإجماع لیس بحجه، لعدم العلم بکشفه عن رأی المعصوم علیه السلام. و ما هذا شأنه لا یکون دلیلا علی إثبات الحکم الشرعی.

۳- الوقف حیث إنه صدقه فی سبیل اللّه، فیکون لازما،

لانه لو کان جائزا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۶

لأمکن رجوعه، و ما کان للّه لا یرجع، و علیه فلا تجری فیه المعاطاه التی هی جائزه فی نفسها.

و لکن قد اتضح جوابه مما ذکرناه فی الرهن. علی أنه لم یثبت کون الوقف من الأمور القربیه و یضاف الی ذلک قیام السیره القطعیه علی تحقق الوقف

بالمعاطاه، إذ كثيرا ما يوقفون الأمتعه بالمعاطاه، كالفراش و السراج و الظرف و غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه- من جريان المعاطاه فى الوقف- جريانها فى العتق أيضا.

كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها فى كل عقد و إيقاع، و أن الإنشاء الفعلى فى جميع ذلك قائم مقام الإنشاء القولى، إلا ما خرج بالدليل، كالطلاق و النكاح.

ملزمات المعاطاه

الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه.

قد ذكرنا- فى الأمر السابق و غيره- أن الإنشاء الفعلى قائم مقام الإنشاء القولى فى جميع المعاملات، و أن هذا الإنشاء الفعلى يصدق عليه عنوان المعاطاه، و يكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما. و عليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاه. و هذا بين لا ريب فيه.

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعا للمصنف. و قد أسس هو (ره) أصلا أمام البحث عن ملزمات المعاطاه، و حاصله: أنه بناء على إفاده المعاطاه الملك فالأصل فيها اللزوم، لما أسلفناه من الوجوه الثمانيه الداله على لزوم جميع العقود التى منها المعاطاه.

و على هذا فالأصل فى المعاطاه هو اللزوم، أما بناء على القول بالإباحه فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته، لأن الناس مسلطون على أموالهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۷

و قد يتوهم: أن الإباحه الثابته قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابته بعد رجوعه أيضا، إذ الأصل بقاؤها على حالها.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان دليل السلطنه حاكم على الأصل المذكور و يضاف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه.

ثم إنك قد عرفت- فى البحث عن لزوم المعاطاه- أن ما نظمه المصنف

من الوجوه الثمانيه التى استدل بها على لزوم المعاطاه لا يتم إلا بعضه. و قد تقدم أيضا- فى الأمر السابق و غيره- أن دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاه- لكى يكون ذلك تخصيصا للأدله الداله على لزوم المعاملات- دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى على ذلك. و على هذا فلا وجه للبحث عن ملزمات المعاطاه، لأنها لازمه من أصلها. نعم بناء على ثبوت الإجماع على جوازها- كما هو مبنى المصنف- فلا بد من التكلم فى ملزماتها.

و لا يخفى عليك: أن الإجماع على جواز المعاطاه- على تقدير تماميته- ليس مفاده هو الجواز فى زمان دون زمان حتى يقال: إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لا معنى للرجوع الى العمومات و إنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص، بل معقد الإجماع هو حصه خاصه من الجواز. و هى حل العقد بتراد العينين، و هذا أمر ثابت غير محدود الى زمان. أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الأمر.

و المراد من الملزم- هنا- ما لا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاه، لانتفاع موضوع الجواز، و هو تراد العينين.

و بذلك يظهر: أنه لا وجه لما أفاده السيد فى حاشيته، و إليك نصه بلفظه:

(لا يخفى أن هذا الأصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز فى الجمله، و اشتراط اللزوم بالصيغه، و المفروض فى المقام إنما هو بعد الإجماع المذكور. إذ الكلام فى الملزمات، و الملزم فرع ثبوت الجواز. و معه لا يتم من الوجوه الثمانيه إلا استصحاب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۸

الملكيه منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجا عنها من أول الأمر).

و على الجمله: إنا إذا

قلنا بإفاده المعاطاه الملكيه فلا شبهه فى أصاله اللزوم مع الشك فى ارتفاع الملكيه و بقائها و إذا قلنا بإفادتها الإباحه فقد ذكر المصنف: ان الأصل فيه هو الجواز.

و لكن الظاهر: أن الأصل فيه هو اللزوم و تفصيل ذلك: أنه إذا لم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم فلا بأس بما ذكره المصنف من التمسک بدليل السلطنه لإثبات جواز الرجوع لكل من المتعاطيين الى ماله، إذ المفروض أنه لم يتحقق فى الخارج ما يمنع المالك عن إعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعامله المعاطاتيه- و ان وقع فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم- فلا يجوز التمسك بدليل السلطنه لجواز رجوع المالك الى ماله، لان القدر المتيقن من الإباحه الثابته بالإجماع و السيره ما لم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم. و الا فنتمسك بالأدله الداله على صحه المعاطاه و لزومها، فيحكم بترتب الملكيه عليها ملكيه لازمه.

و أورد شيخنا الأستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافى ما ذكره فى الأمر الرابع فى الإباحه بالعوض من أن الأقوى اللزوم، فان مدرك الأقوال الثلاثه جار فى مطلق ما يفيد الإباحه، سواء كان قصد المتعاطيين الإباحه أو التمليك مع ترتب الإباحه على فعلهما، فان وجه الجواز مطلقا هو أن العقود التسليطيه دائره مدار الاذن و التسليط.

و وجه اللزوم مطلقا كفايه عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللزوم.

و وجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيح، فإنه باق على سلطنته، فإذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح قوله: و اما على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم).

و يرد عليه: أن مورد البحث فى المقام انما هو المعاطاه المقصود بها

الملک و علیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۹

فلا وجه للتمسک بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «۱» لان ما التزم به المتعاطیان- و هو الملک- لم یتحقق فی الخارج، و ما حصل فی الخارج- و هو الإباحه الشرعیه- لم یقصداه، و لم یلتزما به.

و هذا بخلاف ما أفاده المصنف فی الأمر الرابع، فان کلامه هناک مسوق لبیان المعاطاه المقصود بها الإباحه المعوّضه و علیه فیمکن التمسک فیها بدلیل وجوب الوفاء بالشرط، و یکون ذلک حاکما علی دلیل السلطنه.

ثم ذکر المصنف

(أن تلف العوضین ملزم إجماعا علی الظاهر المصرح به فی بعض العبائر: أما علی القول بالإباحه فواضح، لان تلفه من مال مالکه، و لم یحصل ما یوجب ضمان کل منهما مال صاحبه. و توهم جریان قاعده الضمان بالید هنا مندفع. بأن هذه الید قبل تلف العین لم یکن ید ضمان، بل و لا بعده إذا بنی مالک العین الموجوده علی إمضاء المعاطاه، و لم یرد الرجوع. إنما الکلام فی الضمان إذا أراد الرجوع، و لیس هذا من مقتضی الید قطعا).

و یرد علیه: أن هذا البیان إنما یتم علی القول بکون الإباحه المترتبه علی المعاطاه- المقصود بها الملک- إباحه مالکیه. و لکن قد ذکرنا مرارا انها إباحه شرعیه و علیه فیجری هنا ما أفاده المصنف- عند التکلم علی کلام بعض الأساطین- من الالتزام بحصول الملکیه آنا ما قبل التلف و انما التزم بذلک هناک من ناحیه الجمع بین الأدله و إذن فاللازم علیه أن یحکم هنا بکون التلف فی ملک المالک الثانی، و کونه ضامنا بالمسمی، بدیهه أن الإجماع یقتضی عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القیمه، إذ المفروض أن المعاطاه لم تفد إلا الإباحه، و

قاعده ضـمان اليد تقتضـى كون التلف من ذى اليد. و أصاله بقاء المال فى ملك مالكه الأول يقتضـى عدم تحقق الملكيه إلا آنا ما قبل التلف. و إذا حصلت الملكيه فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى و هذا واضح لا ريب فيه.

---

(۱) قد تقدم هذا الخبر فى ص ۱۴۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۰

قوله: (و اما على القول بالملك).

أقول: حاصـل كلامـه: أنه لاـ شـبهه فى ثبوت الفارق بين جواز المعاطاه، و بين جواز البيع الخيارى، ضـروره أن متعلق الجواز فى المعاطـاه إنمـا هـو العيـن بحيث إن لكـل من المتعـاطيين أن يسـترد مـا أعطـاه لصـاحبه- نظير الجـواز فى الهبه المتعلـق برد العين الموهوبه- فإن هـذا هو المتيقن من جواز المعاطاه الثابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاه على نحو جواز العقـد الخيارى لكى نستصـحبه بعـد التلف. و هـذا بخلاـف متعلق الجواز فى البيع الخيارى فإنه نفس العقـد و من هنا قـد عرف غير واحـد من العلماء الخيـار بملـك فسـخ العقـد، و على هـذا فلاـ موضوع لجواز التراد فى المعاطـاه بعـد تلف العينين، بخلاف جواز الفسـخ فى البيع الخيارى، فإنه باق بعد تلف العينين أيضا، إذ المفروض بقاء متعلقه، و هو العقد.

و يرد عليه: أنه إن كـان المراد من التراد هو التراد الخـارجى فهو غير مفيـد، بـديهه أن مجرد رد العين خارجـا مع بقائها فى ملك الآخـذ بالمعاطـاه لاـ يترتب عليه أثر و إن كان المراد من التراد هو أن فسـخ العقـد لا يكون إلا بتراد العين خارجا، أو بعـد تحقق التراد فى الخارج فهو متين: و لكنه ليس شيئا آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأن الأدله الداله على لزوم العقود إنما تدل على لزوم

كل عقـد و قـد قام الإجماع على أن المعاطاه المقصود بها الملك تفيـد الإباحه إلى زمان معين، و من الواضـح أن الإجماع دليل لبى، فلا يؤخـذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين. و فى غير هذه الصوره يتمسك بعموم العام و اذن فلا بد للمصـنف أن يعلـل لزوم المعاطـاه مع تلف العينين بـأن المـأخوذ بالمعاطـاه إنما تلف من ملك المالك الثانى، فلا يجوز للمالك الأول أن يرجع إليه، إذ المتيقن من جواز الرجوع انما هو صوره الفسخ بتراد العينين و هو غير ممكن مع تلفهما.

قوله: (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك)

أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهه فى لزوم العقد مع تلف احدى العينين على القول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۱

بالملك، لأن جواز المعاطاه إنما يبقى مع إمكان تراد العينين، و المفروض أن إحداهما قد تلفت، و إذن فتصير المعاطاه لازمه.

أمـا على القول بالإبـاحه فربمـا يتوهم أن الأصل هنا عـدم اللزوم، لأن الأصل أن سـلطنه مالك العين الموجوده باقيه على حالها و لكن هـذا التوهم فاسد، إذ الأصل المذكور معارض بأصاله براءه ذمه المالك المزبور عن مثل العين التى تلفت عنده و عن قيمته و عليه فهـذه المعـارضه معارضه بالعرض، لا معارضه بالـذات. و دعوى ثبوت الضـمان هنا لقاعـده الضـمان باليـد دعوى جزافيه، ضروره أن اليد هنا ليست بيد ضمان، لا قبل تلف العين و لا بعده.

نعم يمكن أن يقال: إن أصاله بقاء السـلطنه حاكمه على أصاله عدم الضـمان بالمثل أو القيمه، لأن الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى السلطنه، و من الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببى مع

جريان الأصل السببى.

و أضف الى ذلك: أن مالك العين الموجوده ضامن ببدل العين التالفه جزما.

و إنما الاختلاف فى أن البدل المضمون هل هو البدل الحقيقى-: أعنى به المثل أو القيمه- أو البدل المسمى-: أعنى به العين الموجوده- و عليه فلا تجرى هنا أصاله عدم الضمان لكى يتوهم تعارضها بأصاله بقاء السلطنه، بديهه أن أصاله براءه الذمه مخالفه للعلم الإجمالى بالضمان و من البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصاله براءه الذمه: و إذن فتصبح أصاله بقاء السلطنه سليمه عن المعارض.

و يضاف الى ذلك كله: أن عموم دليل السلطنه كما يقتضى تسلط مالك العين الموجوده على ماله: بأن يأخذه من صاحبه. كذلك يقتضى تسلط مالك العين التالفه على ماله: بأن يأخذ بدله الحقيقى- من المثل أو القيمه- من الطرف الآخر. و على هذا فلا يختص دليل السلطنه بطرف واحد، بل يجرى ذلك فى كلا الطرفين. و حينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهى-: أعنى به استصحاب براءه الذمه عن المثل و القيمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۲

مع وجود الدليل الاجتهادى-: أعنى به دليل السلطنه- انتهى ملخص كلام المصنف.

و فيه مواقع للنظر و المناقشه و يتضح لك ذلك فى ضمن أسئله و أجوبتها:

۱- أن اليد الموضوعه على المأخوذ بالمعاطاه- على القول بالإباحه- هل توجب الضمان؟.

الظاهر: أن اليد هنا يد ضمان، ضروره أن المعاطاه و إن كانت مفيده للإباحه إلا أن الأخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانيين، بل فى مقابل العوض المسمى. و عليه فإذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى كانت العين الباقيه بدلا جعليا عن العين التالفه و من هنا قد التزم المصنف- عند البحث عن كلام بعض الأساطين- بالضمان المعاوضى فى المأخوذ بالمعاطاه،

و انما التزم بـذلک من ناحیه الجمع بین الأدله و إذا لم تکن العین الباقیه بـدلا جعلیا عن العین التالفه وجب الخروج عن عهـدتها بإعطاء المثل أو القیمه.

نعم لا تکون الید موجبه للضمان فی موردین:

الأول: أن یسـلط المالک غیره علی التصـرف فی ماله مجانا و بلا عوض، فتلف المال عند المتصرف، فان الید هنا لیست مضمنه، لان المالک قد ألغی احترام ماله بتسلیط غیره علیه بلا عوض. و هذا هو الحجر الاساسی للقاعده المعروفه: و هی کل ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

الثانی: أن تکون الیـد ید أمانه- سواء فی ذلک الأمانه الشرعیه و الأمانه المالکیه- فإن ید الامانه لا توجب الضـمان، ضـروره أنه لیس علی الأمین سبیل. و لا ریب أن کلا الوجهین بعید عما نحن فیه. و إذن فلا مناص- فی المقام- عن القول بالضـمان، لقاعده ضمان الید.

۲- إذا تلفت احدی العینین و بقیت الأخری فهل تبقی سلطنه المالک فی العین الباقیه علی القول بالإباحه؟.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۳

لا نعقل وجها صـحیحا لبقاء سـلطنه المالک فی العین الباقیه علی القول بالإباحه: أما علی مسـلکنا فلأن الأدله قد دلت علی صحه المعاطـاه و لزومهـا من أول الأمر، و قـد خرجنا عن ذلک حسب الفرض- من قیام الإجماع علی عـدم الملکیه من أول الأمر- فی المقـدار المتیقن و هو مـا إذا کـانت العینـان موجودتین. أمـا إذا تلفت إحـداهما فلاـ إجماع علی عـدم الملکیه فی الآن المتصـل بالتلف فیتمسک بتلک الأدله، و تثبت بها الملکیه اللازمه فی ذلک الآن.

أمـا علی مسـلک المصـنف فلأـن الجمع بین الأـدله- علی مـا صـرح به فی جواب الشـیخ کاشف الغطاء رضوان اللّه علیه حین ما ادعی أن القول

بالإباحه يستدعى تأسيس قواعد جديده- يقتضى الالتزام بالملكيه فى آن قبل تلف احدى العينين. و على كل حال فقد تلفت العين فى ملك مالكها الثانى. و انتقل ماله الى الطرف الآخر. و مع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها. بل لو قلنا ببقاء السلطنه- فى العين الموجوده- للمالك الأول لزم منه الجمع بين العوض و المعوض على مسلكنا و مسلك المصنف كليهما.

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين، ضروره أن الحكم بالملكيه مع تلف احدى العينين يقتضى انقطاع سلطنه المالك الأول عن العين الموجوده و من الواضح أن القول بثبوتها له مناف لذلك.

و قد انجلى لك مما بيناه: أنه لا وجه للقول باستصحاب سلطنه المالك الأول فى العين الموجوده، بداهه أن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد الموضوع فى القضيه المتيقنه و القضيه المشكوكه، و إذا تلفت احدى العينين استكشفنا منه دخول كل من العوضين فى ملك أى من المتعاطيين. و إذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضيه المتيقنه و القضيه المشكوكه، و معه لا مجال للاستصحاب.

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادى كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجوده فى ملك مالكها الأول. و يترتب عليه جواز انتزاعها من يدمن هى بيده بقاعده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۴

السلطنه، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفه فى ملك الآخر الى زمان تلفها، و يترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمه.

و لكن هذا مقطوع العدم، لأنا نعلم بأن ذمه من تلف عنده المال غير مشغوله بشى ء ما لم يطالبه الآخر و عليه فبقاء كل من المالين فى ملك مالكه الأول معلوم البطلان و اذن فلا مجال لاستصحاب السلطنه، لا فى العين الباقيه. و لا فى العين

التالفه.

و مما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسک لإثبات سلطنه المالک الأول علی العين الباقيه بقاعده السلطنه. و عليه فلا وجه لتمسک المصنف بها لإثبات السلطنه لكل من الطرفين، سواء فيه مالک العين الموجوده و مالک العين التالفه بل لو أغمضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت الملكيه للآخذ قبل التلف- و لو بآن- لم يمكن التمسک بقاعده السلطنه فی المقام، لأن التمسک بها لإثبات السلطنه لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسک بالعام فی الشبهه المصداقيه، فإن التمسک بدليل السلطنه إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنه، و هو المال المضاف الی المالک، و من المحتمل خروج المال الذی انتقل الی غيره- ببيع و نحوه- عن حدود ذلک الموضوع بحيث صار موضوعا لسلطنه المنقول اليه. و بديهی أنه مع الشک فی ذلک لا مجال للتمسک بدليل السلطنه. و كذلک الحال فی إثبات السلطنه بدليلها فی العين التالفه. و عليه فان جری استصحاب الملكيه ترتب عليه جواز رجوع المالک بماله و إلا لم يمكن التمسک بقاعده السلطنه لإثبات جواز الرجوع، لأن الشبهه مصداقيه.

۳- أن أصاله بقاء السلطنه علی تقدير جريانها هل تكون حاكمه علی أصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه؟.

ذهب المصنف (ره) الی ذلک. و يمكن تقرير الحكومه بوجهين:

الأول: أن يقال إن الشک فی ثبوت الضمان بالمثل و عدمه مسبب عن الشک فی بقاء سلطنه المالک الأول و عدم بقائه، و الأصل الجاری فی الشک السببی حاكم علی الأصل الجاری فی الشک المسببی.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۵

الثانی: أن يقال إن الاستصحاب الجاری فی طرف يتقدم علی البراءه الجاريه فی الطرف الآخر، لحكومه دليل الاستصحاب علی دليل البراءه، فإذا علمنا بعدم مطابقه أحدهما للواقع- كما

هو الحال فى المقام- تعين العمل بالاستصحاب، و يرتفع بذلک موضوع البراءه. و قد ذهب الى هذا جمع من المحققين. و عليه فيجرى استصحاب السلطنه، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعى دون المسمى.

أما الوجه الأول فيرد عليه: أنا ذكرنا فى محله أن مجرد كون أحد الأصلين سببيا و الآخر مسببيا لا يسوّغ حكومه الأول للثانى، بل لا بد فى ذلک أن يكون ارتفاع الثانى أو ثبوت ضده أثرا شرعيا للأول، و من البديهى أن عدم البراءه عن الضمان بالمثل- أو القيمه ليس من الآثار الشرعيه لاستصحاب السلطنه لكى يترتب عليه ارتفاع أصاله البراءه عن الضمان بالبدل الواقعى. و إنما الأثر الشرعى المترتب على استصحاب السلطنه هو جواز رجوع مالک العين إليها.

و من لوازمه العقليه ضمانه بالبدل الواقعى للعين التالفه، ضروره قيام القرينه الخارجيه على أن مالک العين التالفه لم يعطها لمالک العين الباقيه إعطاء مجانيا، و من البديهى أن هذه الملازمه الخارجيه لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسببى بالأصل السببى إلا على القول بالأصل المثبت. و هذا واضح لا ريب فيه.

أما الوجه الثانى فيرد عليه أولا: أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكما على أصاله البراءه فيما إذا كان مجراهما واحدا، فان الواقع حينئذ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع إلى البراءه. أما إذا تعدد المجرى فلا موجب للتقديم، فإذا علمنا إجمالا بوقوع نجاسه فى الماء أو علمنا بكون المائع الآخر بولا كان استصحاب عدم وقوع النجس فى الماء معارضا بقاعده الطهاره فى المائع الآخر، لا أن الاستصحاب يجرى و تثبت به نجاسه ذلک المائع، و المقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجيه الأصل المثبت، فإنه لا مانع حينئذ من جريان الاستصحاب و حكومته على أصاله الطهاره

أو أصاله البراءه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۶

و عليه فالعمل باستصحاب السلطنه، و تقديمه على أصاله براءه الذمه عن الضمان منوط بحجيه الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءه الذمه عن البدل الواقعى، لأنه من اللوازم العقليه لبقاء السلطنه.

ثانيا: أنه يمكن قلب أصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه إلى استصحاب براءه الذمه عن المثل أو القيمه فإن ذمه مالك العين الموجوده لم تكن مشغوله بالبدل الواقعى للعين التالفه قبل التلف، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضا. و إذن فيقع التعارض بين الاستصحابين، و بعد ذلك يرجع الى أصاله البراءه.

و على الجمله لم نعقل وجها صحيحا لتقديم استصحاب السلطنه فى العين الموجوده على أصاله البراءه عن البدل الواقعى فى العين التالفه. نعم إذا تمسكنا فى المقام باستصحاب الملكيه فى كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصاله البراءه، فإن الحكم باشتغال ذمه الطرف الآخر بالمثل أو القيمه من الآثار الشرعيه لبقاء ما تلف فى يده على ملك مالكه الأول. لكن قد عرفت ما فى هذا الاستصحاب آنفا.

و قد ظهر لك مما أوضحناه: أن أدله صحه البيع و لزومه إنما تدل على ترتب الملكيه على المعاطاه من أول الأمر غايه الأمر أنه على تقدير تحقق الإجماع لزم منه الالتزام بالإباحه الى أن تتلف احدى العينين. و أما مع التلف فيحكم بالملكيه قبله آنا ما، لعدم الإجماع حينئذ.

و لو أغضمنا عن الأدله الاجتهاديه الا أن استصحاب بقاء كل من المالين على ملك مالكه الأول قاض بضمان المثل أو القيمه، و معه لا تصل النوبه إلى أصاله البراءه عن الضمان بالمثل و القيمه، و لا الى استصحاب السلطنه فى العين الباقيه فضلا عن جريانه فى

العين التالفه.

قوله: (و لو كان أحد العوضين دينا فى ذمه أحد المتعاطيين فعلى القول بالملك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۷

يملكه من فى ذمته فيسقط عنه، و الظاهر انه فى حكم التلف، لان الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف).

أقول: قد ذكرنا سابقا- عند البحث عن النقوض المتوجهه على تعريف البيع، و عند البحث عن الحق و الحكم- ان كل احد مالك لذمته و ما فيها بالملكيه الذاتيه التكونيه، لا بالملكيه الاعتباريه العرضيه، بداهه انه لا معنى للثبوت الاعتبارى فى موارد الثبوت التكوينى، فإن الاعتبار فى أمثال الموارد لغو محض و تحصيل للحاصل. و عليه فإذا ملك الإنسان شيئا فى ذمه غيره فقد ملكه بالملكيه الاعتباريه، فإذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه- و هو المديون- تبدلت الإضافه الاعتباريه بالإضافه التكوينيه. و عليه فلا مجال للقول باستحاله مالكيه الإنسان لما فى ذمته و لو كانت الملكيه ملكيه ذاتيه. كما لا مجال لدعوى ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثا و سقوطه بقاء إذ لو أمكن ملكه له ملكيه اعتباريه حدوثا أمكن ذلك بقاء أيضا و على كل حال فالظاهر لزوم المعاطاه حينئذ من أول الأمر، و ذلك للعمومات الداله على لزومها. و قد خرجنا عن ذلك بالإجماع و لكنه- على تقدير تسليمه- مختص بما إذا أمكن التراد، و هو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضيين دينا و بذلك يظهر أنه إذا كان أحد العوضين- دينا- و لو كان على ذمه غير المتعاطيين- حكم بلزوم المعاطاه من أول الأمر.

قوله: (و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه فافهم)

أقول: ربما يتوهم من ظاهر عباره المصنف أنه إذا كان أحد العوضين دينا فى ذمه أحد المتعاطيين حكم

بلزوم المعاطاه على القول بالإباحه، كما حكم بلزومها أيضا على القول بالملك.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن كون الإباحه موجبه لسقوط ما فى الذمه من الدين لا يزيد على التلف الحقيقى- على القول بالإباحه- و قد عرفت قريبا أن المصنف لم يلتزم باللزوم فى فرض التلف الحقيقى- على القول بالإباحه- بل التزم بجريان أصاله السلطنه فى العين الباقيه و الرجوع الى البدل الواقعى فى العين التالفه. و المظنون قويا أن غرض المصنف من تنزيل القول بالإباحه- هنا- على القول بالملك هو أن الإباحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٨

توجب سقوط الدين. كما أن التمليك يوجب سقوطه.

و قد ناقش فيه شيخنا الأستاذ بأن (إباحه الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط، لان كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عما فى ذمته و المصالحه عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما فى الذمه إلى ملكه الذى أباحه لمن عليه، لعموم الناس مسلطون و سائر الأدله).

ثم أجاب عن هذه المناقشه بأن (الإباحه التى هى محل البحث فى باب المعاطاه ليست بالمعنى الذى حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفاده المعاطاه الإباحه إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الإباحه، بل المراد منها التسليط المالكى على التقريب المتقدم، فإذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه و بين الملك، فكما انه لا يعقل ان يتملك الإنسان ما فى ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطا عليه. فنتيجه التسليط أيضا السقوط و التلف، و التالف لا يعود).

و الصحيح ان القول باللزوم- فيما كان احد العوضين دينا- لا يتوقف على استحاله تملك الإنسان لما فى ذمته، أو

سلطنته عليه، و إلاـ فقد عرفت: ان مالكيه الإنسان لما فى ذمته. بمرتبه من الإمكان، بل هى من أعلى مراتب المالكيه، غايه الأمر ان قوام هذه المالكيه بالإضافه الذاتيه، لا بالإضافه الاعتباريه العرضيه، و كذلك تسلط الإنسان على ما فى ذمته، فإنه بمكان من الإمكان، بل القول باللزوم مبنى على ما ذكرناه من ان الأدله قد دلت على صحه المعاطاه و لزومها من أول الأمر، فلو قلنا بالملكيه، و سلمنا الإجماع على الجواز لم نقل به فى المقام، لان المتيقن من معقد الإجماع غير ما إذا كان احد العوضين دينا، كما أنا لو قلنا بالإباحه من جهه الإجماع على عدم الملكيه بالمعاطاه كان المتيقن من معقده غير ذلك أيضا.

فيلتزم بالملكيه و بلزومها بالمعاطاه من الأول فيما إذا كان احد العوضين دينا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۹

فى الذمه، لاستحاله تراد العينين حينئذ، فلا يشمله الإجماع القائم على الجواز أو الإباحه.

قوله: (و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم إلخ)

أقول: إذا نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فلا شبهه فى لزوم المعاطاه، ضروره أن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى غيره كالتلف، سواء فى ذلك القول بالملك و القول بالإباحه. و على هذا فلو عادت العين ثانيا الى ملك الآخذ بالمعاطاه لم يثبت بذلك حق الرجوع لمالكها الأول، لسقوطه بنقل العين الى غيره، فعوده اليه ثانيا يحتاج الى دليل، و هو منفى. و كذلك الحال فى سائر التصرفات المتوقفه على الملك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا فارق فى لزوم المعاطاه بنقل العين الى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم و بين كونه بعقد جائز [۱].

---

[۱] قد يتوهم: أن تعلق حق الرجوع بالمأخوذ بالمعاطاه يخرجه

عن كونه طلقا، و إذن فتبطل المعامله على ذلك قبل لزوم المعاطاه. و لكن هـذا التوهم فاسد، لأن الخيار لم يتعلق بالعين، بل إنما تعلق بالعقد. قيل:

إن جواز التراد كـان ثابتـا قبل التصـرف، و نشك فى سـقوطه بعـد التصـرف الناقل مع رجوع العين الى المتصـرف فنستصـحبه. و الجواب عن ذلك: أن جواز الرجوع قد سـقط بنقل العين الى غيره. فلا مجال لاستصـحابه. بل إنما يستصحب عدم جواز الرجوع بعد رجوع العين إلى ناقله.

نعم قـد وجهه بعض المحققين و إليك لفظه: (موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان، و هـذا موضوع محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، و إنما الشك فى أن تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه.

و لكن يتوجه عليه: أن الجواز فى باب المعاطاه و إن كان متعلقا بالعقد- كبقيه الخيارات- إلا أنه ثابت بالإجماع. و من الظاهر أن المتيقن منه إنما هو عدم تحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۰

أمـا تغير العين المـأخوذه بالمعاطـاه فهو أيضـا يوجب لزوم المعاطاه بناء على ما ذكرناه من أن القاعـده تقتضـى لزوم المعاطاه من حين العقـد، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع ما يحتمل معه اللزوم، و أما بعده فيتمسك بإطلاق ما دل على اللزوم.

أما على مسلك المصـنف (ره) فلا تصـير المعاطاه لازمه بـذلك، بـديهه أن التغير لا يتوقف على الملك لكى نلتزم به من ناحيه الجمع بين الأدله، و نحكم بلزوم المعاطاه.

قوله: (و لو باع العين ثالث فضولا).

أقول: حاصـل كلامـه: أنه إذا بـاع العين ثـالث فضولاـ و قلنـا بـأن المعاطاه تفيـد الملكيه لم يبعـد أن تكون إجازه المالك الأول رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته المتوقفه على الملك و لكنه لا يخلو عن إشكال.

و إن أجازه المالك الثانى لزمت المعاطاه بغير إشكال و إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه انعكس الحكم إشكالا و وضوحا: بمعنى أنه تنفذ إجازه المالك بغير شبهه، و لكن يتردد فى نفوذ إجازه المباح له فإذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا نفذت إجازته. و أن العين باقيه فى ملك المالك، فإذا أجاز المباح له العقد الفضولى الواقع على العين لم تنفذ إجازته،

التصرفات المتوقفه على الملك و إلا فيسقط ذلك، فتصير المعاطاه لازمه و عليه فلا يبقى مجال للاستصحاب، لا من ناحيه التفصيل بين ما ثبت المستصحب بالدليل اللبى، و بين غيره، بل من ناحيه عدم وجود المستصحب، لأن موضوع جواز الفسخ هنا ليس مطلق ما يملكه المتعاطيان كما زعمه المحقق المذكور. بل ما يملكه المتعاطيان قبل تحقق التصرف المتوقف على الملك. و إذن فلا يبقى مجال لاستصحاب الجواز، لانتفاع موضوعه جزما، سواء فى ذلك القول بالإباحه و القول بالملكيه و عليه فأصاله اللزوم محكمه.

و قد تجلى لك مما أوضحناه أنه لا فارق فى سقوط الجواز و عدم عوده ثانيا بين أن يكون رجوع العين بالفسخ و الإقاله، و بين رجوعها بمعامله جديده أو إرث أو نحوهما.

و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۱

لأنه كغيره من الأجانب.

و التحقيق: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه، و أجاز المالك الأول العقد الفضولى الواقع على العين كانت إجازته رجوعا عن المعاطاه، لأن المفروض أن العين باقيه على ملكه، و الناس مسلطون على أموالهم، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولا كبيعه له بنفسه، فيكون فسخا للمعاطاه. و من هنا يظهر أن له رد العقد الفضولى أيضا، لأنه هو المالك، فله الإجازه و

الرد.

و هل يكون رده- على القول بالإباحه رجوعا- عن المعاطاه؟ قد يقال بعدمه نظرا الى أن رد العقد الفضولى لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكا له.

و هذا لا ينافى إباحته للمتعاطى فتبقى الإباحه على حالها.

و لكن فى هذا خلطا بين المعاطاه المقصود بها الإباحه و بين المعاطاه المقصود بها الملكيه مع ترتب الإباحه عليها بالتعبد ففيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحه لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولا رجوعا عن الإباحه بخلاف إجازته. و أما إذا أعطى ماله قاصدا به التمليك فهو أجنبى عن ذلك المال فى اعتباره. و الإباحه الشرعيه مترتبه على هذا الاعتبار حدوثا و بقاء فما دام هذا الاعتبار كان باقيا فهو أجنبى عن المال، فليس له رد العقد الواقع عليه فرده يكشف بالدلاله الالتزاميه عن رجوعه فى المعاطاه و إرجاع مملوكه الى نفسه، فكان الرد كالإجازه فى أنه يكون رجوعا عن المعاطاه.

و إن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولى صارت المعاطاه لازمه. فإن شأن الإجازه الصادره منه شأن البيع الصادر منه. فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاه، كذلك الإجازه.

أما إشكال المصنف (ره) فى تأثير إجازته فلعله مبنى على أن الجمع بين الأدله- كما أفاده قدس سره- يقتضى الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف المتوقف عليها و هذا لا يتحقق فى فرض الإجازه. و إنما يتحقق فى فرض بيعه بنفسه، و ذلك فان

الصحيح أن الإجازه كاشفه لا ناقله. و عليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى فى ملك المباح له قبل البيع الفضولى آنا ما، و هذا مناف للقول بالإباحه، كما هو المفروض نعم لو كانت

الإجازه ناقله صحت إجازه المباح له كبيعه بلا إشكال.

و ينـدفع هـذا الاشـكال بمـا ذكرنـاه من أن القول بالإبـاحه لم يـدل عليه دليل غير الإجماع المـدعى على عـدم تأثير المعاطاه فى الملكيه. و إلاـ فالاطلاقـات وافيه بإفادتهـا لهـا- كما فى العقـد اللفظى- و المتيقن من الإجماع على تقـدير تسـليمه إنما هو ما قبل صـدور العقـد الفضولى المتعقب بإجـازته. و أما فى غيره فيتمسك بالإطلاقات، و تثبت بـذلك الملكيه من حين صـدور العقـد، فيصح بإجازته، و ينتقل البدل اليه.

نعم لاـ يـؤثر رده فى إبطـال العقـد الفضولى، إذ المفروض أن العين بـاقيه فى ملـك مالكهـا. و أمـا المبـاح له فليس له إلاـ جواز التصـرف فيها دون رد العقد الواقع عليها. و إن شـئت قلت: إن غايه ما يترتب على رد المباح له أنه لا يضاف إليه العقد الفضولى. فتكون العين باقيه على حالها من عـدم تصـرف المباح له فيها. و هـذا لا ينافى جواز تصـرف المالك فيها بإجازته للعقد المترتب عليها فيكون هذا رجوعا عن المعامله المعاطاتيه هذا كله على القول بالإباحه.

أمـا على القول بالملـك فـان أجـازه المالك الثانى كانت الإجازه نافـذه بلا إشـكال، لأنها إجازه من المالك، و لزمت المعاطاه، لانتقال العين الى شخص آخر. و إن رده سقط العقد الفضولى عن قابليته للإجازه منه أو من المالك الأول، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك، فيلغو العقد الواقع على ماله، على هو المعروف من عدم تأثير الإجازه بعد الرد.

و لكنه مع ذلك لا تخرج المعاطاه من التزلزل الى اللزوم، بـديهه أن رده هـذا ليس إلا هـدما للعقـد الفضولى، و جعله كالعدم، و هذا لا يلازم المعاطاه بوجه. و إن أجازه المالك الأول أورده كان ذلك

فسخا للمعاطاه، لما عرفته قريبا من دلاله الإجازه أو الرد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۳

على رجوعه عن عقد المعاطاه و الا فهو أجنبى عن إجازه العقد الواقع على ملك غيره و رده فالإجازه أو الرد كاشفه عن الرجوع بالدلاله الالتزاميه.

أما إشكال المصنف فى تأثير إجازته فلعله مبنى على أن فسخ المالك الأول و رجوعه عن المعاطاه إنما يؤثر من حينه، فالمبيع يرجع اليه من حين الفسخ. و هذا لا يمكن الالتزام به هنا، فإن الإجازه إذا صحت لا بد من أن تكشف عن الملكيه حال العقد، و المفروض أنه لا يمكن الالتزام به هنا، لفرض أنه لا موجب لرجوع المال الى مالكه الأول غير فسخه، و هو متأخر عن العقد الفضولى زمانا. نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازه- على القول بالنقل- إلا أنه خلاف المبنى.

و يمكن دفع الإشكال أولا: بأنه لو تم فإنما يترتب عليه عدم صحه العقد الفضولى بإجازه المالك الأول و لا يترتب عليه بقاء المعاطاه على حالها و عدم انفساخها بتلك الإجازه، ضروره أن الإجازه- كما عرفته- كاشفه عن رجوع المالك الأول لا محاله، سواء فى ذلك تأثيرها فى صحه العقد الفضولى و عدمه.

ثانيا: أن الكشف الذى التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمى، دون الكشف الحقيقى، و الكشف الحكمى نقل حقيقه. و إنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكيه السابقه من حين الإجازه. و بما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكيه السابقه- حال العقد- من حين الإجازه فلا يحكم بترتبها. بل يحكم بترتب الملكيه حال الإجازه.

ثم انه ذكر المصنف (ره): أنه

(لو رجع الأول فأجاز الثانى فإن جعلنا الإجازه كاشفه لغى الرجوع. و يحتمل

عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ.

و يلغوا الإجازه. و ان جعلناها ناقله لغت الإجازه قطعا)

و التحقيق: أن الإجازه- على القول بالكشف و يأتى فى مبحث البيع الفضولى- قد تكون منزله المعرف المحض لصحه العقد الفضولى من الأول من دون دخل لها فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١۴

صحه العقد أصلا. و قد تكون دخيله فى تأثير الإنشاء السابق: إما على سبيل الشرط المتأخر. و إما على سبيل كونه قيدا على أن يكون المؤثر فى الملكيه هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازه.

و على المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الإجازه الصادره من المالك الثانى- و إن تأخرت- تؤثر فى العقد الفضولى و اما رجوع المالك الأول- و إن تقدم- فلا يؤثر فى ذلك، إذ الإجازه تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأول إلى غيره من حين العقد و حينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض، فإنه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث، فلا موضوع له. و الجواب عن ذلك:

أولا- أن هذا المعنى للكشف و إن كان محتملا- فى مقام الثبوت، و لكن لا- دليل عليه فى مقام الإثبات. بل الأدله الداله على اعتبار الرضا فى صحه العقد تدل على عدمه.

ثانيا: أنا لو سلمنا أن الإجازه المتأخره معرفه لصحه العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذى ينتسب إليه العقد بالإجازه، لا- من كل أحد. و من الواضح أن رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازه من المالك الثانى، فلا تكون إجازته صادره من المالك لكى تكون معرفه لصحه العقد من أول الأمر.

و بتعبير آخر: أن الإجازه المعرفه إنما هى الإجازه التى تصدر ممن يرجع إليه

أمر العين- التى وقع عليه العقد- بحيث يصح له أن يبيعها. و إذا فرض أنه خرج عن دائره اختياره بفسخ المعاطاه لم تصح الإجازه لكى تكون كاشفه. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لورد المالك الأول، ثم أجاز المالك الثانى، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه فى عقد المعاطاه بالدلاله الالتزاميه.

و على المعنى الثانى فالأمر أوضح، بداهه أن المؤثر فى تأثير الإنشاء انما هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۵

الإجازه اللاحقه الصادره من المالك الثانى، لا كل اجازه- و إن صدرت من غير المالك- و قد عرفت آنفا أن المالك الثانى قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الأول. و عليه فلا تؤثر إجازته فى انتساب العقد إليه لكى يكون مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و اذن فالإجازه المتأخره الصادره من المالك الثانى لاغيه.

ثم لو رجع المالك الأول صريحا أو بالدلاله الالتزاميه- كما إذا أجاز العقد الفضولى أورده- و قارنته الإجازه من المالك الثانى فإن قلنا بشمول الإجماع- القائم على جواز المعاطاه- لصوره رجوعه حال إجازه المالك الثانى فلا يبقى مجال لإجازه المالك الثانى. و ان لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول- فى تلك الحاله- لاغيا.

هذا كله فى حكم المثمن. و قد ظهر من جميع ما تلوناه عليك حكم الثمن أيضا.

قوله: (و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركه و هو ضعيف. أما على القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به).

أقول:

التحقيق: أنه لا قصور فى شمول العمومات- الداله على لزوم المعاطاه المقصود بها الملك- لمحل الكلام نهايه الأمر انه يحكم

بجوازها للإجماع. و من البين الـذى لا شك فيه أن الإجماع- على تقـدير تحققه- دليل لبى فلا بـد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن، و هو مـا كـان المـأخوذ بالمعاطـاه موجودا عنـد الآخـذ بالمعاطاه و متميزا عن غيره من جميع الجهات. و عليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الإجماع على الجواز. و اذن فلا بد من الحكم بلزوم المعاطاه فى هذه الصوره. سواء فى ذلك القول بـالملكيه و القـول بالإبـاحه. و على هـذا فلاـ وجه لمـا احتمله المصـنف من الاـلتزام بالشـركه على القول بالملك. كمـا لاـ وجه لاستصحاب بقاء السلطنه على القول بالإباحه.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على عدم جواز الرجوع مع امتزاج

المـأخوذ بالمعاطـاه بغيره، إذ لو أخـذ أحـد دهنا من بقال- بالبيع المعاطاتى- فمزجه بـدهن آخر فإنه لا يشك أحـد فى أنه ليس للآخـذ ان يرده إلى البائع. و احتمال أن تكون المعاطاه حينئـذ لازمه من طرف المشترى و جائزه من طرف البائع بعيـد غايته هـذا كله فيما إذا لم يكن المزج موجبا لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاه، و الا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح.

و قـد اتضـح لك مما بيناه حكم التصـرف المغير للعين، كطحن الحنطه و فصل الثوب بل دعوى السـيره المتقـدمه هنا بمكان من الوضوح. و اذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك. كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالإباحه.

قوله: (ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللازمه حتى يورث بالموت، و يسـقط بالإسـقاط ابتداء أو فى ضمن المعامله. بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبه. و على القول بالإباحه

نظیر الرجوع فی إباحه الطعام إلخ).

أقول:

لاـ شبهه فی أن جواز الرجوع فی المعاطاه جواز حكمی، كجواز الرجوع فی الهبه و كجواز الرجوع فی إباحه الطعام- كما ذكره المصنف- الا أن جواز الرجوع فی العقود الخیاریه أیضا من قبیل الحكم، لما عرفته فی البحث عن الحكم و الحق من أنه لا فارق بینهما بحسب الواقع، بل الفارق بینهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أی حكم كان رفعه بید المكلف یسمی حقا، و ما لا یكون كذلك یسمی حكما و الا فالحق أیضا حكم شرعی غایته أنه یقبل الارتفاع باختیار المكلف له و من الظاهر أن الجواز فی البیع الخیاری من هذا القبیل، بخلاف الجواز فی الهبه، و المتبع فی كل مورد هو دلاله الدلیل.

ثم ان الجواز فی بیع المعاطاه انما ثبت لخصوص المتعاطیین، و لاـ یثبت لوارثهما و الوجه فی ذلك: أن العمومات الداله علی لزوم العقد تقتضی لزوم المعاطاه من أول الأمر لكونها عقدا بالحمل الشائع. و لكن الإجماع- علی تقدیر تسلیمه- قد انعقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۷

علی جوازها. و بما أنه دلیل لبی فلا بد من الأخذ بالمقدار المتیقن منه. و من المعلوم أن المقدار المتیقن من الإجماع هو ثبوت الجواز فی المعاطاه ما دام المتعاطیان باقیین فی الحیاه و لا إجماع علی الجواز فیما إذا مات أحدهما أو كلاهما و إذن فتصیر المعاطاه لازمه للعمومات المزبوره و علیه فلاـ مجال لتوهم انتقاله الی الوارث بأدله الإرث. و لا یفرق فی ذلك بین القول بأن المعاطاه تفید الملكیه أو الإباحه: أما علی الأول فواضح أما علی الثانی فلان الإباحه الثابته هنا لیست إباحه مالكیه. و إنما هی إباحه شرعیه قد ثبتت

بالإجماع، فإن الكلام إنما هو فى المعاطاه المقصود بها الملك. و قد انعقد الإجماع- على تقدير تسليمه- على عدم تأثيرها فى الملكيه، و ترتب إباحه التصرف عليها.

لكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الإباحه لنفس المتعاطيين، و عدم ترتب الملك على المعاطاه فى زمان حياتهما الى آن قبل موت أحدهما، و حيث لا- إجماع بعد ذلك فالمرجع هى الإطلاقات. و بذلك تثبت الملكيه لهما فينتقل المال من الميت الى وارثه.

و إذن فمنزله ما نحن فيه منزله نقل العين المأخوذه بالمعاطاه إلى غيره بشى ء من النواقل الاختياريه فكما أن الثانى ملزم للمعاطاه، كذلك الأول.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطيين، إذ لم نر و لم نسمع الى الان رجوع الوارث إلى المأخوذ بالمعاطاه بعد موت مورثه. بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عده الناس خارجا عن سلك العقلاء. و كذلك الحال فى رجوع الحى إلى ورثه الميت فيما أخذه منه بالمعاطاه، فالسيره كاشفه عن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى وارث الميت و لزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاه تفيد الملك، و القول بأنها تفيد الإباحه.

و قد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجز الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك و القول بالإباحه، فإن الدليل على جواز المعاطاه إنما هو الإجماع- على تقدير تحققه- و لا نطمئن بوجوده فى هذه الصوره، بل يرجع الى أدله اللزوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۸

على كلا القولين و إذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولى المجنون على كلا القولين.

جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه

اشاره

الأمر السابع: فى جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه و عدم جريانها فيها.

قد تكلمنا فى ذلك

إجمالا فی الأمر الأول، و أو کل المصنف- هناک- البحث عن ذلک الی ما سیأتی، و هنا موعده فنقول:

لا ینبغی الشک فی عدم جریان الخیار و لا غیره من أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الإباحه، إذ لا صله بین هذا القسم من المعاطاه و بین البیع بوجه لکی تجری علیها أحکامه بل شأن المعاطاه المقصود بها الإباحه شأن إباحه الطعام و نحوه فی الضیافات و غیرها. و هل یسوغ لأحد أن یتوهم جریان الخیارات- مثلا- فی الضیافات و أشباهها من أقسام الإباحات؟.

و أیضا لا ینبغی الشک فی جریان الخیار و سائر أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الملک إذا قلنا بإفادتها الملک اللازم من أول الأمر، بداهه أنها علی هذا الرأی لا یقصر عن البیع اللفظی بشی ء فتکون موضوعا للأحکام الجاریه علیه حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه، إذ لا نعرف وجها صحیحا لاختصاص الأحکام المزبوره بالبیع اللفظی. و إنما الإشکال فی جریان الخیار و سائر أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الملک إذا قلنا بإفادتها الملک الجائز أو الإباحه.

و قبل تحقیق ذلک لا بد و أن یعلم أن الخیار علی ثلاثه أقسام:

١- أن یثبت فیه بالاشتراط و الجعل

و لو من جهه اشتراط فعل علی أحد المتبایعین أو اشتراط صفه فی أحد العوضین، فان مرجع الاشتراط فی هذه الموارد الی

جعل الخیار أیضا، لأنا لا نعقل وجها صحیحا لجعل الشرط فی البیع إلا ثبوت الخیار فیه للمشروط له علی تقدیر التخلف، بداهه أن مرجع الاشتراط إما الی توقف أصل العقد علی تحقق الشرط، أو الی توقف لزومه علیه. و علی الأول فیلزم التعلیق فی العقود، و هو مبطل للبیع إجماعا. و علی الثانی فلزوم العقد متوقف علی الوفاء بالشرط، و الا فهو جائز. و هذا هو

معنى كون العقد خياريا.

٢- أن يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى حسب ما يقتضيه بناء العقلاء و الارتكاز العرفى

من غير تصريح بالشرط فى ضمن العقد. و مثاله: أن يشترى أحد من غيره عرضا خاصا بدينار مع الجهل بقيمته الواقعيه فبان أنه لا يسوى إلا بدرهم، فإنه لا ريب فى ثبوت الخيار للمشترى، للارتكاز القطعى، و بناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين فى الماليه و إذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى الثابت بالارتكاز.

٣- أن يكون الخيار ثابتا فى البيع بالدليل الشرعى التعبدى

بحيث يكون البيع بنفسه و عنوانه موضوعا لذلك الخيار تعبدا من غير احتياج الى الاشتراط الصريح فى متن العقد، أو الى الارتكاز العقلائى. و ذلك كخيارى الحيوان و المجلس، فإنهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدى

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا وجه للمناقشه فى جريان الخيار فى القسمين الأولين على المعاطاه بناء على إفادتها الملك الجائز، فإنها بيع عرفا و شرعا. بل لو لم تكن بيعا أيضا لجرى عليها الخيار فى هذين القسمين، بداهه أن دليل ثبوت الخيار فى هذين القسمين غير مختص بالبيع، بل يعم كل معاوضه و إن لم يكن بيعا.

و قد نوقش فى جريان الخيار عليها حينئذ بأن أثر الخيار إنما هو جواز العقد، و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض. و عليه فجعل الخيار فى المعاطاه لغو محض، و تحصيل للحاصل كما نوقش- أيضا- فى جريان الخيار المختص

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٠

بالبيع- كخيارى المجلس و الحيوان- على المعاطاه بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار، فلا يشمل المعاطاه، لكونها جائزه بطبعها الاولى.

أما المناقشه الأولى فقد تقدم جوابها عند التكلم على الأمر الأول، و يأتى- أيضا- فى مبحث الخيارات.

أما المناقشه الثانيه فقد

تقـدم جوابهـا- أيضـا- فى الأـمر الأـول و أضف إليه أنه إن أريـد- من ظهور دليـل الخيـار فى الاختصاص بعقـد كان مبناه على اللزوم- اللزوم عنـد المتعاقـدين فلا شـبهه فى أن المعاطاه أيضا كذلك. و إن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صـحيح فى البيع اللفظى أيضا، إذ قد يجتمع خيار المجلس و الحيوان، و هما مع خيار آخر. و قد اتضح لك مما أوضـحناه جريان الأرش هنا أيضا، إذ لا قصور فى شمول دليله لما نحن فيه. هذا كله على القول بإفاده المعاطاه الملك.

أمـا على القول بإفادتهـا الإباحه فلا مانع من ثبوت الخيار لها الـذى لا يختص دليله بالبيع فقط- كما فى القسـمين الأولين على ما عرفته آنفا- إلا أن أثر ثبوت الخيار حينئـذ ليس رجوع الملك الى مالكه الأول، إذ المفروض أن المال بعـد باق على ملكه. و لم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ، بل أثره سـقوط العقـد عن قابليته للتأثير بفسـخ المعامله و عـدم بقاء أحـد المتعاطيين على التزامه. و قد بينا ذلك فى الأمر الأول.

نعم يشـكل ذلك فى مقام الإثبات و إقامه الدليل، فان دليل نفوذ الشـرط يختص بالعقد الممضى شرعا. فإذا فرضنا أن الشارع لم يمض عقـد المعاطـاه، و كـان كـل من المـالين باقيـا على ملك مالكه- غايه الأمر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصـرف فى مال الآخر- فكيف يمكن القول بصـحه الشـرط الواقع فى ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود؟.

و المتحصل: أن دليل ثبوت الخيار و ان لم يشمل جعل الخيار فى المعاطاه- بناء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۱

على إفادتها الإباحه- إلا أنه لا إشكال فى إمكان

ثبوته فيها: و يترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه.

و انما الإشكال فى ثبوت الخيار الذى اختص دليله بالبيع.

قد يقال: بعدم ثبوت ذلك فى المعاطاه- على القول بإفادتها الإباحه- لعدم كونها بيعا، بل هى معاوضه مستقله، كما احتمله الشهيد الثانى فى المسالك.

و يرد عليه: أنها بيع عرفى. و إمضاء الشارع لها مشروط بتحقق الملزم. و عليه فهى كبيع الصرف الذى اشترطت صحته بالقبض فى المجلس فكما أن حصول الملكيه فى بيع الصرف متأخر عن البيع، كذلك المعاطاه. نعم تفترق المعاطاه- عن غيرها بجواز تصرف كل من المتعاطيين قبل حصول الملكيه، و لا يجوز ذلك فى غيرها. و الفارق بينهما إنما هو قيام الإجماع على جواز التصرف فى المعاطاه. و عليه فلا مانع من ثبوت الخيار- المختص دليله بالبيع- فى المعاطاه على القول بترتب الإباحه عليها دون الملك. نعم إن دليل خيارى المجلس و الحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعا. و لم يتعلق به الإمضاء خارجا. و عليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار فى المعاطاه على هذا القول هذا كله قبل أن يتحقق شى ء من الملزمات التى تقدمت.

أما بعد تحققه فعقد المعاطاه عقد صحيح يجرى عليه خيار المجلس و خيار الحيوان فإنه بيع نافذ، فيعمه دليل الخيار الثابت فيه. و يترتب على ذلك أن غايه خيار المجلس- حينئذ- هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقق شى ء من الملزمات، كما أن مبدء الثلاثه فى خيار الحيوان إنما هو حين تحققه.

و بما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت فى القسمين الأولين- أيضا- على المعاطاه بعد تحقق شى ء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان، فإنها لو سلمت أنها ليست ببيع كانت معاوضه مستقله،

و قد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ما قصده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم. و رتب عليها ما قصده المتعاطيان بعد تحقق الملزم، و من الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۲

أن ذلک لا یمنع عن جریان الخیار- الذی لم یختص دلیله بالبیع- علیها

العقد الفاقد لبعض شرائط الصیغه هل یرجع الی المعاطاه أم لا

الأمر الثامن: أنه لا ریب فی تحقق المعاطاه المصطلحه- التی هی معرکه الآراء بین الخاصه و العامه- بما إذا تحقق إنشاء التملیک أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العینین. أما إذا حصل ذلک بالقول غیر الجامع للشرائط فهل یترتب علیه ما یترتب علی المعاطاه؟.

الأقوال فی المقام ثلاثه:

۱- القول برجوع ذلک الی المعاطاه.

۲- القول برجوعه إلیها إذا تعقبه القبض و الإقباض.

۳- القول بعدم رجوعه إلیها، بل یکون ذلک من البیوع الفاسده. و قد أطال المصنف الکلام- هنا- و لکن الظاهر أنه لا یترتب ثمر مهم علی هذه الإطاله.

و التحقیق: أن حقیقه کل أمر إنشائی من الأوامر و النواهی و العقود و الإیقاعات متقومه بالاعتبار النفسانی المبرز بمظهر خارجی، سواء أ کان هذا المبرز فعلا من الأفعال الجوارحیه، أم کان قولا. و علیه فلا وجه لتخصیص ذلک المبرز بالقول، أو بحصه خاصه منه، بل یعم القول و الفعل کلیهما. إلا أن یدل دلیل خاص علی اعتبار مبرز معین فی صحه عقد أو إیقاع و نفوذه شرعا، کما هو الحال فی اعتبار اللفظ فی صحه عقد النکاح و فی اعتبار اللفظ الخاص فی صحه الطلاق. و علی هذا الضوء فیصح إنشاء عقد البیع و غیره بأی مبرز کان من غیر أن یکون مشروطا بصیغه خاصه فضلا عن أن تکون هذه الصیغه مشروطه بشرط لکی یتکلم فی أنه إذا وقع خلل فی بعض

ما يرجع الى هذه الصيغه من الشرائط هل تشمله العمومات و المطلقات الداله على صحه ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۳

العقد و لزومه و مع الإغضاء عن هذا المنهج الصحيح، و الالتزام باعتبار قيود معينه فى صيغه البيع أو غيره فهل يحكم بفساد الصيغه مع الإخلال ببعض قيودها، أم يحكم عليها بحكم المعاطاه؟

التحقيق: أن ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه فى البيع- مثلا- قد يكون ظاهرا فى اعتبارها فى لزومه، فيحكم بكون البيع بالصيغه الفاقده لتلك الخصوصيه بيعا صحيحا جائزا، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصيه إنما هو لزوم العقد دون صحته، و عليه فان كان لدليل الاشتراط إطلاق أخذ به، و يحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائما، كسائر العقود الجائزه و مع وجود الإطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز، إذ لا مجال لجريان الأصل العملى مع وجود الأصل اللفظى. و عليه فيكون الأصل فى هذه المعامله- التى هى مورد بحثنا- هو الجواز. فلا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاه، لا من ناحيه الجمع بين الأدله- كما هو مذهب المصنف- و لا من ناحيه الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز- كما هو المختار عندنا- بل المتبع هو إطلاق دليل الاشتراط إلا أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق، و أما إذا لم يكن إطلاق فى دليل الاشتراط فيتمسك فى غير المقدار المتيقن بعموم أدله اللزوم فى العقود و معه- أيضا- لا وجه للرجوع الى استصحاب الجواز، كما كان الأمر كذلك على القول بإفاده المعاطاه الملكيه الجائزه.

و قد يكون ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه ظاهرا فى اعتبارها فى صحه العقد، لا فى لزومه، فيحكم بفساد العقد مع الإخلال بها،

أو بشـی ء من شـرائطها، و حينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطيين أن يتصـرف فيما أخذه من العوض مسـتندا الى هذا العقد، سواء أ حصـل فيه قبض و إقبـاض، أم لم يحصل فيه ذلک، فإن شأن المقبوض بـذلک شأن المقبوض بسائر العقود الفاسـده. و لا يقاس ذلک بالمعامله المعاطاتيه على القول بعدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۴

إفادتها الملک، فان جواز تصـرف كل من المتعاطيين فيما انتقل اليه إنما ثبت بالإجماع، و بالسـيره القطعيه، و لا إجماع فی محل الكلام فتحصل أن الصـيغه الفاقـده للخصوصـيه- المعتبره فی ترتب الملكيه و نفوذ المعامله- وجودها كالعـدم، فلا يترتب عليها إباحه التصرف أيضا.

نعم إذا كـان القبض و الإقبـاض، لا ـ على سبيـل الوفـاء بالعقـد الفاسـد، بـل على سبيل المعامله المعاطاتيه مع قطع النظر عن العقد السـابق بحيث يكون الفعـل مع قطع النظر عن ذلـک العقـد مبرزا للاعتبـار النفسـانی إذا كـان كـذلک كـان ذلـک مصـداقا للبيع المعاطـاتی، و يترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاه من الاحكام و الآثار، إذ ليس من شـرائط صـحه المعامله المعاطاتيه أن لا يسـبقها عقد فاسد و مثل ذلک ما إذا رضـی المالک بجواز التصرف فی ماله غير مبنی على العقد الفاسد، فإنه يجوز التصرف فيه حينئذ. لكن الإباحه فی هذا الفرض إباحه مالكيه. و أما الإباحه المترتبه على المعاطاه- على القول بإفادتها ذلک- إباحه شرعيه و قـد نقـدم تفصـيل ذلک فی الأبحاث السابقه. و هـذان الموردان خارجان عن دائره حرمه التصـرف فی المقبوض بالعقـد الفاسـد خروجا تخصيصا.

و على الجمله: إنا إذا اعتبرنا لفظا خاصا فی صـحه البيع كان الفاقد لذلک بيعا فاسدا، و لا يجری عليه حكم المعاطاه. و أما فرض تحقق المعاطاه بالقبض

و الإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبى عن محل الكلام، لأن ما هو صحيح لا صله له بالعقد اللفظى و ما هو عقد لفظى قد فسد من أصله و كذلك الحال فى فرض العلم برضا المالك بالتصرف لا من جهه الوفاء بالعقد الفاسد.

قوله: (و لا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال).

أقول: قد يناقش فى المنع عن جواز التصرف مع الشك فى بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۵

و لكن تندفع هذه المناقشه بأن حرمه التصرف فى مال غيره بدون إذنه و رضاه حكم انحلالى بحسب الأفراد العرضيه و الطوليه. و عليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمه التصرف ما لم يحرز فيه إذن المالك. و من الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل فى الاستصحاب. بل هو داخل فى القياس.

و على الجمله: إن الإباحه الثابته فى محل الكلام إباحه مالكيه، و هى تدور مدار الرضا فى كل فرد من الأفراد العرضيه أو الطوليه للتصرف، فما أحرز به رضا المالك فهو. و إلا لم يجز لعموم ما دل على عدم جوازه. و قد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شك فى رجوع المالك فى المعامله المعاطاتيه، حيث إنه لا شك فى جواز التصرف- حينئذ- على القول بإفادتها الإباحه دون الملك تمسكا باستصحاب عدم الرجوع و وجه الظهور: أن الإباحه الثابته فى مورد المعامله المعاطاتيه إباحه شرعيه. غايتها رجوع المالك فإذا شك فى تحقق الغايه استصحب عدمه.

أما الإباحه فى محل الكلام فهى إباحه مالكيه التى تدور مدار رضا المالك

فی کـل فرد من أفراد التصـرف، فان لم یحرز فی فرد لم یجز التصـرف فیه و لا یمکن الحکم بجوازه مع الشک فی ثبوت الجواز لفرد آخر غیره. نعم إذا کـان المالک قـد أذن فی تصـرف ما بالخصوص أو بالعموم، و شک فی بقائه، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصـحاب إذنه فی جواز ذلک التصـرف فی ظرف الشک لکن أین ذلک من الشک فی الاذن بالنسبه الی ذلک التصرف حدوثا الذی هو مورد الکلام و الی هنا وقف القلم فی مبحث المعاطاه.

و بـذلک قـد تم الجزء الثـانی من کتابنا مصـباح الفقاهه فی المعاملات. و یتلوه الجزء الثالث إنشاء اللّه. الحمـد للّه أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ یَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان بإشراف آیهٔ الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیهٔ والثقافیهٔ والعلمیهٔ معتمداً علی النشاطات الخالصهٔ والدؤوبهٔ لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیهٔ.

إجراءات المؤسسهٔ:
نظراً لقلهٔ المراکز القائمهٔ بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیهٔ وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبهٔ الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسهٔ القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیهٔ وتقدم المؤسسهٔ مجاناً مجموعهٔ الکترونیهٔ من الکتب والمقالات العلمیهٔ والدراسات المفیدهٔ وهی منظمهٔ فی برامج إلکترونیهٔ وجاهزهٔ فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسهٔ تقدیم الخدمهٔ معتمدهٔ علی النظرهٔ العلمیهٔ البحتهٔ البعیدهٔ من التعصبات الشخصیهٔ والاجتماعیهٔ والسیاسیهٔ والقومیهٔ وعلی أساس خطهٔ تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرهٔ من جمیع مراکز الشیعهٔ.

الأهداف:
نشر الثقافهٔ الإسلامیهٔ وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسهٔ أدقّ فی المسائل الدینیهٔ
تنزیل البرامج المفیدهٔ فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمهٔ للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیهٔ والجامعات
توسیع عام لفکرهٔ المطالعهٔ
تهمید الأرضیهٔ لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیهٔ

السیاسات:
مراعاهٔ القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیهٔ
إنشاء العلاقات المترابطهٔ مع المراکز المرتبطهٔ
الاجتنباب عن الروتینیهٔ وتکرار المحاولات السابقهٔ
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.